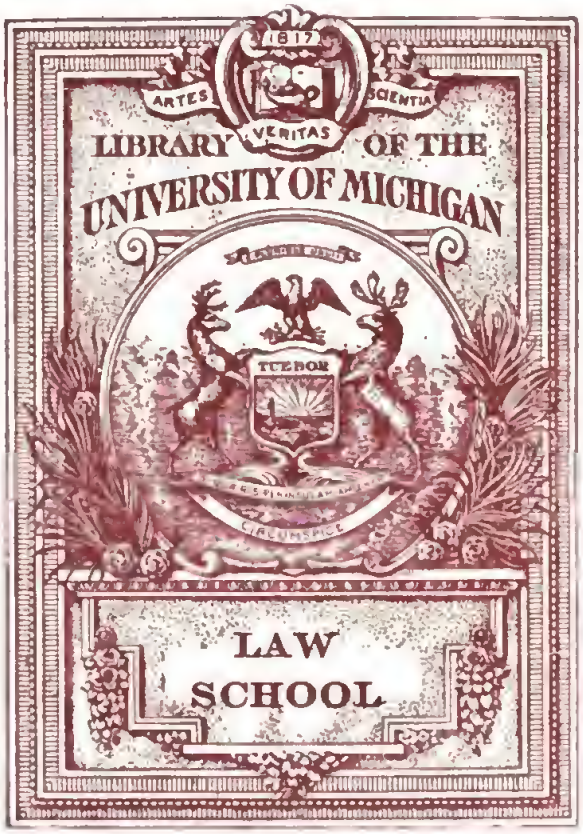
KKC3049 .W87x



Digitized by Google

FL2
W959
v. 23
5401
(238 K)

Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben

von

Dr. F. Ph. F. v. Kübel
in Berlin

und

Dr. E. O. C. v. Sarwey
in Stuttgart.

Dreiundzwanzigster Band.

1882.

Tübingen,
Verlag und Druck von Franz Fues
(L. Fr. Fues'sche Sortiments-Buchhandlung)
1884.

Digitized by Google

Inhaltsübersicht

des dreiundzwanzigsten Bandes.

Seite

I. Die Feststellung der Entschädigung bei Zwangsenteignungen nach der Gerichtspraxis. Von Herrn Landgerichtsrath Breitling in Stuttgart 1

II. Zur Frage vom obrigkeitlichen Erkenntniß über eine beim Verkauf anbedungene Realdienstbarkeit. Von Herrn Rechtsanwalt S. Schott in Stuttgart 21

III. Der Thatbestand des Civilurtheils. Von Herrn Reichsgerichtsrath von Streich in Leipzig 33

IV. Die bisherige Auslegung des § 65 Ziff. 1 des Unterstützungswohnsitzes. Von Herrn Dr. Otto Hahn, Rechtsanwalt in Reutlingen 54

V. Ungültigkeit eines Erbvertrags zwischen Ehegatten wegen Handlungsunfähigkeit des einen Ehegatten. Ein Rechtsfall. Erkenntniß des Landgerichts in Rottweil vom 30. März 1882. Mitgetheilt von Herrn Amtsnotar Caspart in Schwenningen 68

VI. Zur rechtlichen Stellung des wundärztlichen Standes im deutschen Reich und besonders in Württemberg. Von Herrn Dr. Neuschler, Arzt in Stuttgart 73

VII. Die sofortige Beschwerde des Art. 5 Abs. 6 des Gesetzes vom 12. August 1879 betreffend Aenderungen des Landespolizeistrafgesetzes ist binnen der achttägigen Frist bei der erkennenden oder bei der zur Entscheidung über die Beschwerde zuständigen Behörde einzureichen. Durch Einreichung bei der eröffnenden Behörde wird die Frist nicht gewahrt. Erlaß des K. Verwaltungsgerichtshofes an die K. Kreisregierung in Ulm vom 21. Oktober 1882 100

VIII. Die prozessualische Vertretung des Reichsfiskus bezüglich des Festungseigenthums. Erkenntniß des Landgerichts in Ulm vom 20. September 1881, des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 12. Januar 1882, des Reichsgerichts vom 20. Juni 1882 102

242374

Seite

IX. Das Absonderungsrecht des § 44 der Reichskonkursordnung steht der Ehefrau auch im Falle der Anrufung der weiblichen Freiheiten zu. Erkenntniß des Oberlandesgerichts vom 22. Mai 1882 110

Zum Andenken an Franz Ph. Fr. v. Kübel . . . 2. Heft I

X. Mittheilungen aus der Rechtsprechung des K. Oberlandesgerichts. Von Herrn Oberlandesgerichtsrath v. Probst . 119

1. Unterzeichnung einer Urkunde ohne Kenntniß des Inhalts. Inwiefern kann darin eine Zustimmung zu dem Inhalte der Urkunde, welcher er sein möge, gefunden werden? Culpa in contrahendo. Dieselbe bildet keinen gesetzlichen Haftungsgrund, auch nicht im Falle groben Versehens . 119

2. Zum Begriffe des Leseholzrechtes. Behauptete Ausdehnung desselben auf das bei Holzhieben entstehende Abfallholz. Erfordernisse des Rechtsbesitzes bei solcher Ausdehnung 124

3. Statutenkollision. Wer ohne sein inländisches Staatsbürgerrecht aufgegeben oder verloren zu haben, und ohne im Auslande einen Wohnsitz zu begründen, sein inländisches Domizil im Stiche gelassen hat, gilt für diejenigen Rechtsverhältnisse, welche sich nach den Gesetzen am Wohnorte bestimmen, als fortwährend im Inlande domizilirt . . 129

4. Kann aus einem Vertrage über Bestellung einer Realdienstbarkeit auf Einholung des nach L.R. Thl. II Tit. 9 § 10 zu Entstehung dieser Dienstbarkeit erforderlichen gerichtlichen Erkenntnisses geklagt werden? 130

5. Einseitige Verfügung des Miteigenthümers über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache. Pflasterung eines gemeinschaftlichen Hofraums 132

6. Gerechtigkeit zu Luft und Licht. Dieselbe ist in dem Rechte, gegen das Nachbareigenthum unvergitterte Fenster, oder in dem Rechte, Fensterläden zu haben, nicht von selbst inbegriffen 132

7. Actio doli. Die abgekürzte Verjährungszeit dieser Klage vor zwei Jahren gilt auch im heutigen Rechte 134

8. Einrede der Klagabtretung. Die für das Verhältniß zwischen Gläubiger und Bürgen behauptete peremtorische Wirkung derselben, wenn dem Kläger eine wirksame Abtretung der Klagerechte gegen den Hauptschuldner durch eigene Schuld unmöglich geworden ist, ist einer Ausdehnung auf das Verhältniß des Gläubigers zu mehreren Solidarschuldnern nicht fähig 136

9. Mehrere Prätendenten derselben Forderung. Inwiefern

Seite

kann der Schuldner angehalten werden, vor Austrag des Streites der Prätendenten unter einander an Einen derselben zu bezahlen? 137

10. Zur Begriffsbestimmung des Paulianischen Dolus außerhalb des Konkurses 140

11. Tradition eines verkauften Pachtguts. Hinderung derselben durch das Widerstreben des in der Detention befindlichen Pächters. Einschränkung des Satzes: Kauf bricht Miethe 144

12. Verwirkung des elterlichen Nutznießungsrechts am Vermögen der Kinder. L.R. IV. Tit. 11 § 2. Dieselbe kann nicht durch Verfügung der Vormundschaftsbehörde, sondern nur durch richterliches Urtheil verhängt werden. Beschwerderecht der Gläubiger gegen die Entziehung durch die Vormundschaftsbehörde 146

13. Pfandklage gegen den Besitzer aushilfsweise eingelegter Unterpfänder. Einrede der Vorausklagung des persönlich haftenden Schuldners und Einrede der nachlässigen Ausklagung desselben. Vertheilung der Beweislast bei letzterer Einrede 149

14. Testamentsförmlichkeiten. Gültigkeit eines schriftlichen Privattestaments, obwohl die Zeugen nicht auf der Testamentsurkunde selbst, sondern auf dem mit dem Testamente nicht zusammengehefteten, aber mit demselben in einen Umschlag gebrachten Solennisationsprotokoll unterschrieben haben 153

15. Fideicommissum supersuturi. Die Anfechtung von in fraudem fideicommissi geschehenen Veräußerungen des Fiduziars ist ausgeschlossen, wenn dem Fideikommissar die in der Nov. 108 bestimmte Quart verbleibt 157

16. Die Erfordernisse des Eigenthumsübergangs durch Tradition bei Lieferung einer dem Genus nach bestellten und von einem andern Orte übersandten Waare 159

17. Zur Frage der Schutzbrillen 164

18. Eintritt in ein Handelsgeschäft. Bedingungen der Haftbarkeit des Eintretenden bezw. der durch den Eintritt errichteten Handelsgesellschaft für die seitherigen Geschäftsschulden 166

19. Inwiefern können einzelne Rechnungsposten eines Kontokorrents der Tilgung durch Saldirung der Rechnung entzogen und zu selbständiger Geltendmachung vorbehalten werden? 170

20. Annahme von Wechseln in Zahlung. Inwiefern ist im

Seite

Verhältniß des Geschäftsführers zum Geschäftsherrn in dieser Annahme eine Verletzung der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns zu finden? 174

21. Verzinslichkeit der Wechselsumme. Die Erhebung der Wechselklage ersetzt die Präsentation zur Zahlung . . . 180

22. Versicherungsverträge. Auslegung der Bestimmung, wonach bei wahrheitswidrigen Angaben im Versicherungsantrag die Versicherung verwirkt ist. Versicherungsagenten; Grenzen ihrer Vertretungsbefugniß 181

23. Genossenschaftsgesetz. Rechtsverhältniß der Genossenschafter zu der Genossenschaft. Rechtspersönlichkeit der Letzteren. Sind die Genossenschafter als solche zur Regreßklage gegen die Beamten der Genossenschaft legitimirt? Sind sie es wenigstens nach Auflösung der Gesellschaft bezw. nach Beendigung des Konkurs- und Umlageverfahrens? . . 185

24. Genossenschaftsgesetz. Voraussetzungen der Sukzession in den Antheil eines verstorbenen Genossenschafters 203

XI. Ein negativer Kompetenzkonflikt 207

Zulässigkeit des Rechtsweges im Falle der Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen wegen des durch Korrektion eines Flusses veränderten Wasserlaufs. Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über einen gegen die Staatsgewalt gerichteten Anspruch auf Wiederherstellung des früheren durch eine Flußkorrektion veränderten Wasserlaufs. Art. 10 Z. 24 d. Ges. v. 16. Dez. 1876. . . 207

XII. Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Strafsenats des K. Oberlandesgerichts 215

1. Strafrecht.

Zur Verfolgung der Uebertretungen des Art. 36 Ziff. 2 des Württembergischen Polizeistrafgesetzes vom 27. Dezember 1871, wofern solche gegen Angehörige begangen werden, ist ein Antrag nicht erforderlich; deßgleichen nicht bei idealer Konkurrenz einer solchen Uebertretung mit einer Uebertretung im Sinne des § 370 Z. 5 des Strafgesetzbuchs 215

2. Strafprozeß.

1. Zur Auslegung der §§ 325 und 326 der St.P.O. über Anordnung und Vollziehung von Vermögensbeschlagnahmen, insbesondere nach eingetretener Rechtskraft des Erkenntnisses in den Fällen des § 140 Abs. 3 des St.G.B. Zulässigkeit der Beschwerde 217

2. Zur Auslegung des § 183 der St.P.O. bezüglich der

Seite

Befugniß des Untersuchungsrichters, die Amtsrichter um die Vornahme von Untersuchungshandlungen zu ersuchen 222

3. In dem Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle kann die Verwaltungsbehörde, welche sich der Verfolgung angeschlossen hat, Revisionsanträge nur mittels einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift anbringen (St.P.O. §§ 467, 437 Abs. 1, 430 Abs. 1 und 2) 224

XIII. Ueber die Verpflichtung der Konsum-Vereine von dem Weinverschleiß an ihre Mitglieder in Mengen unter 20 Liter die Wirthschafts-Abgabe (Ungeld) zu entrichten. (Urtheil des Verwaltungsgerichtshofes vom 10. November 1883.) Mitgetheilt von Herrn Reg.-Direktor a. D. v. Müller . . 226

XIV. Mittheilungen aus der Rechtsprechung des K. Verwaltungsgerichtshofs. Von Herrn Reg.-Rath Freiherrn O. v. Wächter 231

1. Unterstützungswohnsitz unehelicher Kinder. Der Regreß suchende Armenverband kann nur die von ihm selbst unter Erfüllung einer ihm obliegenden Verbindlichkeit aufgewendeten Kosten ersetzt verlangen 231

2. Gemeindesteuerpflicht von Eisenbahngebäuden. Auslegung der Art. 5 und 9 des Gesetzes über Besteuerungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden vom 23. Juli 1877 . 236

3. Anspruch auf bürgerliche Nutzungen. Auslegung der Art. 48 und 49 des revidirten Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dezember 1833 245

4. Aufhebung eines Vertrags wegen mangelnder regimineller Genehmigung (§ 66 Ziffer 5 des Verwaltungsedikts von 1822). — Zuständigkeit des Verwaltungsrichters auf Grund des Artikels 10 Ziff. 17 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege 254

5. Rechtsbeschwerde des Konsumvereins in Ulm, eingetragene Genossenschaft, gegen seine Beiziehung zur Staatsgewerbesteuer 264

XV. Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Strafsenats des K. Oberlandesgerichts. Strafrecht 279

1. Mehrmalige Bestrafung aus § 14 Abs. 2 vgl. (§ 4) des Reichsimpfgesetzes vom 8. April 1874 während Eines Jahres; zuerst Bestrafung aus § 14 Abs. 1, dann aus § 14 Abs. 2 cit. (non bis in idem) 279

2. Zur Auslegung des § 113 des Strafgesetzbuchs und des Art. 12 des Gesetzes vom 18. August 1879, betreffend die Zwangsvollstreckung wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche.

Seite

Rechtmäßige Ausübung des Amts; Beauftragung eines Amts- und Polizeidieners mit dem Vollzug der Zwangsvollstreckung 283

XVI. Mittheilungen aus der Rechtsprechung des K. Verwaltungsgerichtshofs. Von Herrn Reg.Rath Freiherrn O. v. Wächter (Fortsetzung) 289

1. Korporationssteuerpflicht zweier Gebäude der Militärverwaltung. Auslegung des Schlußsatzes des § 3 des Gesetzes vom 15. Juli 1821, die Herstellung eines provisorischen Steuerkatasters betreffend. Urtheil vom 16. November 1881 289

2. Ein auf der Grundfläche eines völlig abgebrochenen altsteuerbar gewesenen Gebäudes errichtetes neues Gebäude tritt in steuerlicher Hinsicht nicht an die Stelle des abgebrochenen Gebäudes. Auch der Umstand, daß das neue Gebäude auf altsteuerbarem Grund und Boden steht, rechtfertigt es nicht, dasselbe der jetzigen Gebäudesteuer zu unterwerfen. Urtheil vom 16. November 1881 297

3. Auslegung des Art. 3 Abs. 2 des württembergischen Gesetzes vom 17. April 1873 zu Ausführung des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz. Urtheil vom 23. Februar 1884 303

4. Unterstützungswohnsitzgesetz § 28. Ortsarmenverband Eßlingen, Kläger, Berufungsbeklagter, gegen Ortsarmenverband Göppingen, Beklagten, Berufungskläger. Urtheil vom 6. April 1881 309

5. Zur Entscheidung über Klagen auf Ersatz eines durch die dienstliche Thätigkeit eines öffentlichen Dieners erwachsenen Schadens sind die Verwaltungsgerichte nicht zuständig. Urtheil vom 8. Juni 1881 319

6. Benützung eines öffentlichen Wassers. Die Konzession zu einer Anlage an einem öffentlichen Wasser gibt nur ein Recht auf das zum Betrieb dieses Werkes nothwendige Wasser. Eine Klage, dahin gehend, es wolle einem Dritten ein nicht näher bestimmtes Mitbenützungsrecht an diesem Wasser für alle Zukunft untersagt werden, ist unzulässig . 324

7. § 3 Abs. 1 des Reichsgesetzes über die Freizügigkeit vom 1. November 1871 und damit Art. 11 und Art. 19 lit. b Satz 1 des württembergischen revidirten Bürger- und Beisitz-Rechtsgesetzes vom 3. Dezember 1833 sind durch das Reichsstrafgesetzbuch nicht aufgehoben. — Unter Art. 19 lit. b des revidirten Bürgerrechtsgesetzes fällt nicht nur der vollendete, sondern auch der versuchte Betrug 330

Seite

8. § 94 der Reichscivilprozeßordnung findet auch auf das verwaltungsrichterliche Verfahren Anwendung 333
9. Anerkennung der öffentlichen Eigenschaft eines Wegs . . 336
10. Rechtsbeschwerde der ersten Württembergischen Aktien-Cichorienfabrik Erolzheim O.A. Biberach, Ansatz einer Sportel für die Erhöhung ihres Grundkapitals betreffend 343
11. Art. 4 Abs. 4 der neuen allgemeinen Bauordnung vom 6. Oktober 1872 350
12. Art. 13 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 354
13. Bezug von Floßbrettern (actio negatoria) bezw. Ersatz nicht schuldiger Floßbretter (condictio indebiti) . . . 359
14. Antrag auf eine zweite Schätzung in einer Weiderechts-ablösungssache. Art. 68 des Weideablösungsgesetzes vom 26. März 1873 ist nicht dahin zu verstehen, daß die Notizen über die für die Berechnung des Jahreswerths des abzulösenden Weiderechts erheblichen thatsächlichen Verhältnisse ausschließlich von dem Weideberechtigten zu liefern seien 381
15. Unterstützungswohnsitzgesetz. Vorhandensein der Hilfsbedürftigkeit. Eine von der Armenbehörde an die Ehefrau, wenn auch ohne Vorwissen des Ehemanns, verabreichte mäßige Geldunterstützung zu Haushaltungszwecken ist als der ganzen Familie, mithin auch dem Ehemann, gegeben zu betrachten 394
16. Art. 8 des Beamtengesetzes vom 28. Juni 1876 und § 36 der Verfassungsurkunde 399

XVII. Literarische Mittheilungen 403

Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, bearbeitet von Dr. L. Gaupp, Landgerichtsrath in Tübingen. 19 Bogen 307 S. 403

I. Die Feststellung der Entschädigung bei Zwangsenteignungen nach der Gerichtspraxis.

Von Herrn Landgerichtsrath **Breitling** in Stuttgart.

Die Frage einer umfassenden gesetzlichen Normirung des Rechts der Enteignung von Grundeigenthum für Württemberg ist in neuerer Zeit wiederholt angeregt [1]) und es ist mit Rücksicht hierauf die Entwicklung, welche der §. 30 der Verfassungsurkunde, die einzige dermalen in Württemberg über diesen Gegenstand bestehende gesetzliche Vorschrift, bisher hauptsächlich nach der öffentlich rechtlichen Seite hin in Theorie und Praxis erfahren hat, im 21. Bande des Württ. Archivs S. 165 ff. einer umfassenden Erörterung unterzogen worden. Für die Gerichte liegt die Hauptbedeutung der genannten Verfassungsbestimmung und damit auch die Hauptbedeutung eines ihre Anwendung im Einzelnen regelnden Gesetzes in der ihnen übertragenen und auch künftig zu übertragenden Feststellung der Entschädigung [2]), welche als privatrechtliche Verpflichtung des Expropriirenden dem für ihn begründeten Enteignungs-Anspruch gegenübersteht [3]). Ob freilich gerade in dieser Beziehung eine gesetzliche Regelung als dringende Nothwendigkeit erscheint, mag zweifelhaft sein. Ist im gegenwärtigen Augenblick überhaupt ein Bedürfniß anzuerkennen, den im §. 30 der Verfassungsurkunde aufgestellten

1) Vgl. Württ. Archiv Bd. 21 S. 167.

2) Vgl. auch §. 30 des Preußischen Gesetzes vom 11. Juni 1874 über die Enteignung von Grund-Eigenthum und Württ. Archiv Bd. 16 S. 89 f., Bd. 17 S. 354 ff., Boscher, Zeitschrift 1878. S. 255 ff.

3) Württ. Archiv Bd. 21 S. 221 vgl. mit Bd. 17 S. 358 N. 19. Mandry, Civilrechtlicher Inhalt ꝛc. 2. Aufl. S. 458, übrigens auch Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre. 1873. S. 53 ff.

Grundsatz im Gesetzgebungsweg des Näheren zu entwickeln, und damit den im Jahre 1836 vergeblich unternommenen Versuch einer gesetzlichen Normirung der Lehre von der „gezwungenen Abtretung von Grundeigenthum und anderen Grundrechten" wieder aufzunehmen, so tritt dieses Bedürfniß jedenfalls in erster Linie auf dem Gebiete des sogenannten formellen Enteignungsrechts, also da hervor, wo es sich um das eigentliche Expropriations*verfahren*, die Feststellung des Enteignungsfalls, des Enteignungsobjekts und das Entschädigungsverfahren der Verwaltungsbehörden handelt. In Absicht auf die Mehrzahl derjenigen Punkte, für deren Erledigung die Zuständigkeit der Gerichte begründet ist[4]), hat sich allmälig eine so feste Praxis entwickelt, daß eine gesetzgeberische Behandlung derselben vor demjenigen Zeitpunkte, in welchem das deutsche bürgerliche Gesetzbuch ins Leben treten wird, kaum als nothwendig sich darstellen dürfte. Das letztere soll allerdings das Enteignungsrecht nicht unmittelbar in den Kreis seiner Bestimmungen aufnehmen[5]), doch sind immerhin die Gränzen noch nicht festgestellt, innerhalb deren der Landesgesetzgebung auf diesem Gebiete Raum gelassen werden wird, auch ist ohne Weiteres anzunehmen, daß die von dem Gesetzbuch in einer Reihe von Punkten insbesondere in der Lehre vom Schadensersatz aufzustellenden Grundprinzipien auf das materielle Enteignungsrecht nicht ohne Einfluß bleiben können. Sollte aber gleichwohl ein auf der oben bezeichneten anderen Seite vorliegendes Bedürfniß zu einer sofortigen gesetzlichen Regelung des Enteignungsrechts drängen, so ist nicht zu verkennen, daß eine sachentsprechende Normirung des Enteignungsverfahrens, insbesondere eine staatsrechtlich korrekte Organisation der mit der Feststellung der Expropriations-Objekte und der (vorläufigen) Entschädigung betrauten Behörden die Geschäftsaufgabe der Gerichte wesentlich vermindern kann[6]), denn da und dort ist es hervorgetreten, daß vorzugsweise der Mangel eines genauen Ein-

4) Vgl. Württ. Archiv Bd. 21 S. 221.

5) Vgl. Württ. Gerichtsblatt Bd. 9 S. 12, 38. *Hirth*, Annalen. 1875. S. 1223.

6) Vgl. auch *Eger*, die Nothwendigkeit einer Revision des Preußischen Enteignungsgesetzes. Breslau 1881. S. 15 ff.

blicks in die auszuführende Unternehmung auf Seiten des Expropriirten, das Verfahren, mittelst dessen von dem Unternehmer die Entschädigung festgestellt wurde, den Anlaß zur Betretung des Rechtswegs gegeben haben.

In Folgendem sollen nunmehr, einer Aufforderung Seitens der Redaktion dieser Zeitschrift entsprechend, die Grundsätze entwickelt werden, von denen die Civilkammer des vormaligen K. Kreisgerichtshofs und neuerdings die Civilkammer I des K. Landgerichts Stuttgart in einer Reihe während der letzten Jahre anhängig gewesener Expropriationsprozesse bei Feststellung der geforderten Mehrentschädigung [7]) ausgegangen ist, woran sich einzelne Bemerkungen des Verfassers über seine persönliche Stellung zu den betreffenden Fragen knüpfen mögen.

Der §. 30 der Verfassungsurkunde gewährleistet Demjenigen, welcher behufs Erreichung eines allgemeinen Staats- oder Korporationszweckes zur Abtretung seines Eigenthums und anderer Rechte [8]) gezwungen wird, vorgängige volle Entschädigung. Diese Verfassungsbestimmung ist bis jetzt stets dahin ausgelegt und zur Anwendung gebracht worden, daß der Enteignete in dem zu bezahlenden Entschädigungsbetrag denjenigen vollen Werth zu beanspruchen habe, welchen er in dem enteigneten Gegenstand nach den allgemeinen Anschauungen des Verkehrs, wie unter Berücksichtigung der bei ihm obwaltenden besonderen Verhältnisse zur Zeit der Expropriationsverfügung wirklich in seinem Vermögen besessen, daß der Enteignete stets, soweit irgend möglich, in die Lage gesetzt werden müsse, sich mit Hilfe der Entschädigungssumme diejenigen Vortheile und Rechte wieder zu verschaffen, welche ihm durch die Enteignung mit Rücksicht auf das öffentliche Wohl entzogen wurden — mit Einem Worte, daß ihm das gesammte Interesse zu erstatten sei. Diese Auffassung befindet sich im Einklang mit den Grundsätzen, welche

7) Ueber den Umfang der Zuständigkeit des Civilrichters bei Streitigkeiten über die Entschädigung wegen Zwangsenteignung vgl. Seuffert, Archiv Bd. 33 Nr. 35. 232. Württ. Gerichtsblatt Bd. 13 S. 271 ff.

8) Württ. Archiv Bd. 21 S. 168 ff. vgl. mit Bd. 12 S. 308, Bd. 13 S. 264. Tafel, Civilrechtssprüche Bd. 6 S. 167. Mohl, Staatsrecht I S. 398.

die Theorie des Enteignungsrechts aufstellt [9]), sie harmonirt auch mit den Vorschriften desjenigen Gesetzes, welches bei einer einheimischen Kodifikation jedenfalls zu berücksichtigen sein wird, mit den Vorschriften des Preußischen Gesetzes vom 11. Juni 1874 über die Enteignung von Grundeigenthum. Denn wenn in §. 1 dieses Gesetzes bestimmt ist, daß das Grundeigenthum nur gegen vollständige Entschädigung entzogen oder beschränkt werden dürfe, und wenn §. 8 Abs. 1 desselben weiter vorschreibt, es habe die Entschädigung für die Abtretung in dem vollen Werthe des abzutretenden Grundstücks einschließlich der enteigneten Zubehörungen und Früchte zu bestehen, so ist auch hiemit richtiger Auslegung nach [10]) dem Enteigneten der Ersatz seines gesammten Interesses zugesichert.

Es kann sich hienach nur fragen, worin im einzelnen Falle die dem Expropriirten gebührende volle Entschädigung besteht, womit sie sich erschöpft. Nach der bisherigen Rechtsprechung der Civilkammer umfaßt dieselbe zunächst

1) den objektiven Werth, den allgemeinen Verkehrswerth (Verkaufswerth) des enteigneten Grundstücks, wie derselbe unter Berücksichtigung seiner Lage, Beschaffenheit und Ertragsfähigkeit, unter Berücksichtigung von Kauffällen über das gleiche, oder ähnlich gelegene Objekt, überhaupt unter Berücksichtigung aller für die objektive Werthschätzung eines Grundstücks einflußreichen Momente auf den Zeitpunkt der Enteignungsverfügung [11]) festzustellen ist. Auch die Berücksichtigung des Annehmlichkeitswerths im Gegensatz zum Affektionswerth soll nicht ausgeschlossen sein, sofern der allgemeine Verkehrswerth des Grundstücks hiedurch erhöht wird. Mit der Auffindung dieses Werths, mit der Feststellung des Preises, welchen der Enteignete erzielen konnte, wenn er auf den Zeitpunkt der Enteignung sein Grund-

9) Vgl. z. B. Grünhut, Enteignungsrecht, S. 99 ff. Seydel in Hausers Zeitschrift III S. 233. Seuffert, Archiv Bd. 35 Nr. 215.

10) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 5 S. 249 ff., vgl. übrigens auch Bähr und Langerhans, Das Preußische Enteignungsgesetz. 1875. S. 33 ff.

11) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 3 S. 241. Eger, a. a. O. S. 8. Seuffert, Archiv Bd. 36 Nr. 202.

stück im gewöhnlichen Geschäftsverkehr verkauft hätte, ist aber regelmäßig die volle dem Enteigneten gebührende Entschädigung ermittelt, um einen höheren Betrag ist er in der Mehrzahl der Fälle nachweisbar nicht beschädigt, demgemäß hatte sich auch regelmäßig der Beweisbeschluß des Gerichts auf die Frage zu beschränken, ob das enteignete Grundstück nach seiner Lage, Beschaffenheit und Ertragsfähigkeit, wie mit Rücksicht auf die bestehenden Güterpreise zur Zeit der Enteignung den behaupteten Mehrwerth hatte [12]).

2) Die Vergütung des gemeinen Verkehrswerths deckt aber keineswegs in allen Fällen den dem Enteigneten zu erstattenden gesammten Vermögensschaden. Soll die Entschädigung eine vollständige sein, so muß sie je nach Lage der Sache auch diejenigen Nachtheile ausgleichen, welche dem Eigenthümer persönlich in Folge des mit dem Grundstücke bisher verknüpften Gebrauches erwachsen. Der Umstand, daß ein Grundstück in dieser oder jener Weise von dem Eigenthümer bisher benützt worden ist und benützt werden konnte, vermag allerdings an sich und im Allgemeinen eine besondere Werthschätzung desselben nicht zu begründen, jener Umstand bildet vielmehr regelmäßig lediglich einen Faktor für die Auffindung seines Verkehrswerths überhaupt, und ist in diesem bereits inbegriffen, Vortheile, welche mit dem Besitz eines Grundstücks einzig und allein zu Folge der persönlichen Thätigkeit des Enteigneten verbunden sind, können bei der Werthschätzung Anspruch auf Berücksichtigung nicht erheben, nach der gewöhnlichen Annahme kann insbesondere ein Gewerbetreibender für den Kundschaftsverlust nur insoweit Ersatz beanspruchen als die Kundschaft gewissermaßen mit dem abgetretenen Grundstücke verknüpft ist [13]); soweit dieß zutrifft, bildet

12) Vgl. Württ. Archiv Bd. 9 S. 105. 426, Bd. 15 S. 408, Bd. 16 S. 319 ff. Seuffert, Archiv Bd. 16 Nr. 224, Bd. 31 Nr. 337, Bd. 35 Nr. 216. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 5 S. 250. Eger a. a. O. S. 11, übrigens auch Württ. Gerichtsblatt Bd. 7 S. 70 ff. und Bitzer, Vanordnung S. 137 f.

13) Vgl. Häberlin im Archiv für civilistische Praxis Bd. 39 S. 184. 185. Preuß. Justiz-Minist.-Blatt 1881 Nr. 7 S. 27. Eger a. a. O. S. 11.

aber die angeſeſſene Kundſchaft eben auch wieder nur ein Moment für die Beſtimmung des allgemeinen Verkehrswerths der enteigneten Sache. Auch die durch einen Beſitzwechſel regelmäßig veranlaßten Koſten (Umzugskoſten ꝛc.) pflegen bei der Beſtimmung des Kaufwerths einer Liegenſchaft ſchon in Rechnung genommen zu werden, ſind daher nicht minder in dem richtig feſtgeſtellten gemeinen Verkehrswerth regelmäßig ſchon inbegriffen. Die bisherige Benützungsart eines Grundſtücks kann ſonach ordentlicher Weiſe zu einem Aufſteigen über den unter 1) beſtimmten allgemeinen Verkehrswerth der enteigneten Sache nicht führen; es gibt indeſſen Fälle, in welchen die abgetretene Liegenſchaft dem Eigenthümer nach ihrer ſeitherigen Benützungsart beſondere auf die Feſtſtellung des allgemeinen Verkehrswerths einflußloſe Vortheile gewährt hat, für deren Entziehung gemäß dem Prinzip der vollen Entſchädigung eine weitere Erſatzleiſtung geboten erſcheint [14]). Nach dieſer Seite hin iſt daher eine nähere Beſtimmung in dem künftigen Enteignungsgeſetze um ſo mehr angezeigt, als gerade ſolche Fälle die übertriebenſten Mehrforderungen zu veranlaſſen pflegen. Ein Beiſpiel aus der Praxis mag dies darlegen:

Aus Anlaß der im Jahre 1876 ſtattgehabten Expropriationen zum Zwecke der Herſtellung der ſog. Gäu-Eiſenbahn wurde einem Kaufmann, welcher den Pulverhandel trieb, auf der Markung Stuttgart eine als Weinberg und Baumgut kultivirte Parzelle enteignet, auf welcher er zugleich mit polizeilicher Genehmigung in einem eigens hiezu hergerichteteten Häuschen ſeine Pulvervorräthe aufbewahrte. Unter der Behauptung, daß es ihm nicht gelinge, einen andern zu dem letzteren Zweck geeigneten Grundbeſitz zu erwerben und daß er darum ſeinen lukrativen Pulverhandel habe aufgeben müſſen, verlangte dieſer Kaufmann neben dem ſog. landwirthſchaftlichen Ertragswerth ſeines Grundſtücks von der K. Eiſenbahnbaukommiſſion den kapitaliſirten Betrag ſeiner angeblichen bisherigen jährlichen Rein-Einnahme aus dem Pulverhandel erſetzt, obgleich nach Lage der Sache an-

14) Vgl. auch Entſcheidungen des Reichsgerichts in Civilſachen Bd. 3 S. 241.

genommen werden konnte, daß die Möglichkeit der Anlage eines anderweitigen Pulverdepots bei Aufwendung eines höheren Kaufpreises für ein anderweitiges Grundstück nicht ausgeschlossen war. Daß in diesem Falle der allgemeine Verkehrswerth der expropriirten Parzelle durch das Vorhandensein des Pulvermagazins nicht beeinflußt wurde, lag auf der Hand, andererseits aber auch, daß die Parzelle nach dieser Seite hin dem Kläger einen besonderen Vortheil gewährte, für den er an sich zu entschädigen gewesen wäre, wenn nicht der Anspruch aus andern Gründen hätte abgewiesen werden müssen. Die Civilkammer war bei der Beurtheilung des Falls im Prinzip dahin einig, daß dem Kläger neben dem ordentlichen Verkehrswerth seines Grundstücks derjenige Aufwand hätte ersetzt werden müssen, der von ihm behufs Erlangung der Bauerlaubniß Seitens seiner künftigen Grundstücksnachbarn beziehungsweise behufs Erwerbs eines anderweitigen zur Pulverlagerung geeigneten Grundstücks hätte gemacht werden müssen, daß er aber hiemit voll entschädigt gewesen wäre. Es stimmt diese Auffassung überein mit der Bestimmung in §. 10 Abs. 1 des Preußischen Enteignungsgesetzes, wornach die bisherige Benützungsart bei der Abschätzung *nur* bis zu demjenigen Geldbetrag Berücksichtigung finden soll, welcher erforderlich ist, damit der Eigenthümer ein anderes Grundstück in derselben Weise und mit gleichem Ertrag benützen kann [15]).

3) Mit dem gewöhnlichen Verkehrswerth der enteigneten Fläche allein ist der Expropriirte regelmäßig auch dann nicht ausreichend entschädigt, wenn ihm durch die Enteignung nur ein *Theil* eines einzelnen Grundstücks oder ein Theil eines größeren Besitzthums entzogen wird (Durchschneidungs-, Deformationsnachtheile). Soll hier die Entschädigung eine volle sein, so muß bei der Werthschätzung nicht blos die Eigenschaft der enteigneten Fläche als Theil eines größeren Ganzen ins Auge gefaßt, sondern es muß insbesondere auch der Minderwerth berücksichtigt werden, welcher dem nicht expropriirten Theil *in seiner nunmehrigen Gestaltung und Lage* zugeht. Um dieses Moment

15) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 5 S. 253.

zum Ausdruck zu bringen, ſind von der Civilkammer in einer Reihe von Fällen, in welchen ein Grundſtück durch die Expropriation ſei es nach einer Seite hin eines Abſchnitts beraubt, oder in mehrere nunmehr getrennte Theile zerlegt wurde, die Sachverſtändigen dahin inſtruirt worden, daß ſie bei Feſtſtellung des dem Enteigneten zugegangenen Schadens zu würdigen haben einmal den Werth des enteigneten Abſchnitts an ſich, den etwaigen Mehrwerth, welchen derſelbe als Theil des Ganzen hatte und ſodann den etwaigen Minderwerth, welchen der übrig bleibende Grundbeſitz dadurch erlitt, daß er nicht mehr Theil des Ganzen blieb, daß weiterhin auch die Koſten einer etwa nothwendig gewordenen Umgeſtaltung des Reſtgrundſtücks in Rechnung zu nehmen ſeien.

Der gleiche Gedanke liegt dem §. 8 Abſ. 2 des Preußiſchen Enteignungsgeſetzes zu Grunde, wenn dort beſtimmt iſt, die Entſchädigung umfaſſe, falls nur ein Theil des Grundbeſitzes desſelben Eigenthümers in Anſpruch genommen werde, zugleich den Mehrwerth, den der abzutretende Theil durch ſeinen örtlichen oder wirthſchaftlichen Zuſammenhang mit dem Ganzen habe, ſowie den Minderwerth, welcher für den übrigen Grundbeſitz durch die Abtretung entſtehe [16]). Weiterhin aber wird es den Anforderungen der Theorie entſprechen und in dem Recht des Enteigneten auf volle Entſchädigung begründet ſein, dem Eigenthümer ein vor den Gerichten verfolgbares Recht auf Abnahme d. h. Enteignung ſeines geſammten, für die Zwecke des Unternehmers an ſich nicht voll erforderten Beſitzthums in ſolchen Fällen anzuerkennen, in welchen das Ganze durch die Abtretung ſo verkleinert oder zerſtückelt werden würde, daß die übrig bleibenden Theile nach ihrer ſeitherigen Beſtimmung nicht mehr zweckentſprechend benützt werden können [17]). Die Civilkammer war übrigens nie in der Lage, ſich über einen ſolchen Anſpruch ſchlüſſig zu machen.

16) Vgl. auch Bähr-Langerhans a. a. O. S. 38 ff. und Juriſtiſche Wochenſchrift 1880. Nr. 25. 26 S. 195. Entſcheidungen des Reichsgerichts in Civilſachen Bd. 3 S. 239 f.

17) Vgl. Grünhut a. a. O. S. 149 ff. Seydel a. a. O. S. 238 und die dort Zitirten, ferner §. 9 des Preußiſchen Enteignungsgeſetzes und Entſcheidungen des Reichsgerichts in Civilſachen Bd. 2 S. 279 ff.

4) In dem Bisherigen ist die Feststellung der dem Enteigneten gebührenden Entschädigung lediglich unter Berücksichtigung des Zustands, wie er im Augenblick der Enteignung hinsichtlich des enteigneten Objekts thatsächlich besteht, ins Auge gefaßt, es wird insbesondere auch in dem Falle 2) vorausgesetzt, daß die eine Mehrentschädigung begründende Benützung des enteigneten Grundstücks zur Zeit der Enteignung bereits in die äußere Erscheinung getreten ist. Eine volle Entschädigung schließt aber nicht blos das damnum emergens, sondern auch das lucrum cessans in sich [18]) und es fragt sich daher, in wieweit die Möglichkeit einer künftigen vortheilhafteren Benützung oder Verwendung eines Grundstücks als zu berücksichtigender Werthsfaktor anzuerkennen ist. Eine solche vortheilhaftere Verwendung läßt sich nach einer doppelten Richtung hin denken, theils nemlich dahin, daß der Enteignete behauptet, er hätte das ihm entzogene Grundstück für seine persönlichen (gewerblichen) Zwecke besonders vortheilhaft benützen können, und demnächst auch wirklich benützt, wenn ihm dasselbe nicht expropriirt worden wäre, theils dahin, daß für das Grundstück überhaupt und abgesehen von den besonderen Zwecken des dermaligen Besitzers eine künftige, höheren Nutzen bringende wirthschaftliche Verwendbarkeit geltend gemacht wird, z. B. es hätte auf dem enteigneten Weinberg mit Vortheil eine Villa erstellt werden können, der expropriirte Acker habe Bauplatzqualität oder wäre demnächst in die Baulinie hereinbezogen worden. Gerade diese letzteren Fälle sind es hauptsächlich, welche Anlaß zu übertriebenen Entschädigungsforderungen zu geben pflegen; die Akten der Civilkammer enthalten reiche Belege von in solcher Weise begründeten Ansprüchen. Sie sind regelmäßig zurückgewiesen worden. Dürfte der bloße Hinweis auf derartige Eventualitäten, auf in der Zukunft sich vielleicht verwirklichende Pläne hinreichen, um unter dem Gesichtspunkt eines entgehenden Gewinns eine Mehrentschädigung zu rechtfertigen, so wäre von vornherein jede dem Interesse des Ganzen dienende Unternehmung lahm gelegt. Schon aus allgemeinen Erwägungen

18) Vgl. Windscheid, Pandekten II §. 258 N. 1. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 5 S. 249.

ergibt sich, daß die Möglichkeit eines künftigen Gewinns für sich allein eine Ersatzforderung nicht zu begründen vermag. Wer den entbehrten Gewinn fordert, muß beweisen, daß wenn das schadenbringende Ereigniß nicht eingetreten wäre, der behauptete Vortheil ihm zugegangen sein würde [19]). Dieser Beweis kann aber für Fälle der vorliegenden Art regelmäßig nur dann und insoweit als erbracht angesehen werden, als die vortheilhaftere Verwendbarkeit dem Grundstück in dem Augenblick, auf welchen die Abschätzung vorzunehmen ist, gewissermaßen bereits inhärirt, eine Eigenschaft desselben bildet, welche allgemein bei der Werthschätzung berücksichtigt zu werden pflegt, den Verkaufswerth desselben zu beeinflussen geeignet ist. In dieser Beschränkung aber ist die künftige vortheilhaftere Verwendbarkeit eines Grundstücks und überhaupt die vortheilhaftere Verwendbarkeit desselben unbedingt als Werthsfaktor anzuerkennen, in dieser Beschränkung ist sie auch von der Civilkammer in einer Reihe von Fällen als solcher anerkannt worden, wie dießfalls auch sonst Theorie und Praxis im Wesentlichen einig zu sein scheinen [20]).

Handelt es sich dagegen um eine künftige vortheilhaftere Benützungsart, welche nur in den besonderen Verhältnissen des Enteigneten begründet ist, und welcher für die allgemeine Werthschätzung eine Bedeutung nicht zukommt, so wird allerdings eine über den gemeinen Verkehrswerth hinausgehende Ersatzforderung regelmäßig gleichfalls durch den Hinweis darauf zu beseitigen sein, daß bloße Möglichkeiten und allgemeine Pläne keine Berücksichtigung finden können [21]). Liegt aber in der That einmal vor, daß der Enteignete die bestimmte Absicht hatte, seinem Grundstücke eine nach seinen persönlichen Verhältnissen vortheilhaftere Verwendung zu

19) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 5 S. 250.

20) Vgl. Grünhut a. a. O. S. 107 und die dort Zitirten, ferner Württ. Archiv Bd. 16 S. 319 ff., Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 2 S. 242 ff. Eger a. a. O. S. 8. 9. Seuffert, Archiv Bd. 3, 176. 16, 224. 22, 150. 23, 143. 30, 35. 31, 337. 32, 297. 34, 47. 35, 33. 216.

21) Vgl. z. B. Seuffert, Archiv Bd. 22, 150. Eger a. a. O. S. 13.

geben, daß er mit dieser Verwendung besondere Vortheile erreicht hätte, die ihm ein anderes dem allgemeinen Verkehrswerth des enteigneten entsprechendes Grundstück nicht zu bieten vermag, so dürfte sich doch fragen, ob nicht auch in diesem Fall die Forderung einer Mehrentschädigung gerechtfertigt ist. Es hat denn auch sowohl die Civilkammer des vormaligen K. Kreisgerichtshofs in Stuttgart als die Civilkammer des vormaligen K. Obertribunals, die letztere in einer Entscheidung vom 5. Juli 1877 zum Mindesten die Möglichkeit einer solchen Ersatzforderung anerkannt.

5) Der Satz, daß für die Feststellung der Entschädigung der Zeitpunkt der Enteignung maßgebend sei, bedarf nach zwei Seiten hin einer gewissen Beschränkung:

a. Mit §. 10 Abs. 2 des Preußischen Enteignungsgesetzes ist zunächst davon auszugehen, daß eine Werthserhöhung, welche das abzutretende Grundstück erst in Folge der neuen Anlage, im Hinblick auf die neue Anlage, in Folge der durch das Projekt der neuen Anlage veranlaßten Preissteigerung des Grundstückwerths in der betreffenden Gegend erhält, bei der Bemessung der Entschädigung nicht in Anschlag zu bringen ist. Die Civilkammer hat diesen auch in der Theorie mehrfach anerkannten Satz [22]) gelegentlich der Expropriationen für Herstellung der Gäubahn, welchen eine wilde Spekulation in den von der Bahnlinie berührten Gegenden und damit eine zum Theil enorme Steigerung der Liegenschaftspreise vorherging, in einer Reihe von Fällen zur Anwendung gebracht, indem sie davon ausging, daß die Abschätzung stets von dem Standpunkt aus zu erfolgen habe, als ob bis zu dem entscheidenden Zeitpunkte die Anlage einer Eisenbahn gar nicht in Frage gekommen wäre, ein Satz welcher allerdings mehrfach zur Folge hatte, daß die Enteigneten nicht einmal denjenigen Betrag als Entschädigung ausbezahlt erhielten, den sie wenige Wochen oder Monate vor Beginn des Enteignungsverfahrens als Kaufpreis bezahlt hatten, beziehungsweise bezahlt haben wollten. Nicht zu verkennen ist, daß der

22) Vgl. Grünhut a. a. O. S. 106, übrigens auch Seuffert, Archiv Bd. 36 Nr. 202.

Enteignete hiebei ungünstiger gestellt wird, als derjenige Grundbesitzer, welcher eine Werthserhöhung seines Grundstücks erfährt, ohne daß er von der Enteignung betroffen wird, weßhalb schon vorgeschlagen worden ist, von der Berücksichtigung nur den Mehrwerth auszuschließen, den das enteignete Grundstück in Folge seiner besonderen (?) Beschaffenheit durch das beabsichtigte Unternehmen erhält [23]). Auf der anderen Seite wird es sich aber kaum rechtfertigen lassen, den Unternehmer zur Bezahlung eines Werths zu verpflichten, welcher lediglich durch sein eigenes Vorgehen veranlaßt ist, und welcher bei dem Nichtzustandekommen seiner Unternehmung sofort wieder verschwinden würde. Es dürfte daher gegen die Aufnahme dieses Satzes, welcher sich in einer großen Anzahl anderer Expropriationsgesetze gleichfalls vertreten findet [24]), in ein Württembergisches Expropriationsgesetz nichts zu erinnern sein. Als nothwendige Konsequenz desselben aber wird sich ergeben, daß eine durch die Anlage etwa bedingte Herabdrückung des allgemeinen Verkehrswerths dem Enteigneten nicht zum Nachtheil gereichen darf, und daß ferner der Unternehmer seinerseits nicht berechtigt ist, bei einer Theilenteignung auf die von ihm zu entrichtende Entschädigung denjenigen Betrag anzurechnen, um welchen das Restgrundstück in Folge der neuen Anlage eine Wertherhöhung erfahren hat. Die Civilkammer hat diese Konsequenz in der That in zwei Fällen gezogen, in welchen dem bisherigen Eigenthümer eines zur Herstellung einer Straße enteigneten Abschnitts der Mehrwerth in Rechnung gebracht werden wollte, welcher seinem Anwesen angeblich in Folge der unternommenen Herstellung einer Straße zugegangen war [25]). Wollte man anderer Ansicht sein, so müßte jedenfalls [26]) vor Allem verlangt werden, daß dem nicht enteigneten Grundstückstheil ein ganz besonderer bei den übrigen Grundstücken der Gegend nicht in Frage kommender Vortheil zugegangen, auch müßte weiter die Existenz eines solchen Vortheils in einem bestimmten Umfang auf den Zeitpunkt der Enteignung dargethan sein. An

23) Vgl. Seydel in Hausers Zeitschrift III S. 235.
24) Vgl. die Nachweisungen bei ꝛc. Grünhut a. a. O. S. 109 ff.
25) Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 31 Nr. 42 S. 57.
26) Vgl. Grünhut a. a. O. S. 125.

dem Mangel dieses letzteren Nachweises würden sicher die meisten Kompensationsversuche von vornherein scheitern, wie denn auch in einem der oben erwähnten Fälle der Anspruch schon aus diesem Grunde zurückgewiesen werden konnte. Aber auch abgesehen hievon kann keine Rede davon sein, eine Kompensation unbedingt zuzulassen, man müßte denn eventuell das Ergebniß billigen, daß dem Enteigneten für einen von ihm gar nicht begehrten Vortheil ein Theil seines Eigenthums ohne jegliche Geldentschädigung genommen werden könnte. Es wäre daher unter allen Umständen eine weitere Beschränkung geboten, deren Feststellung theoretisch gelingen mag, aber praktisch schon bei der Schwierigkeit, im einzelnen Fall die allgemeinen und besonderen Vortheile in ihrem Werthe durch Sachverständige konstatiren und abschätzen zu lassen, kaum zu befriedigenden Ergebnissen führen wird [27]). Trotz des gesetzgeberischen Vorgangs, den für einen einzelnen Fall der Art. 8 Abs. 2 der Neuen Allgemeinen Bauordnung vom 6. Oktober 1872 enthält (vgl. auch Art. 15 des Gesetzes), dürfte daher bei dem Entwurf eines Enteignungsgesetzes an dem von der Praxis bisher befolgten Grundsatz festzuhalten sein [28]).

b. Eine weitere Beschränkung des Grundsatzes, daß die Entschädigung nach dem Stande des Expropriationsobjekts im Zeitpunkt der Enteignung festzustellen sei, wird bezüglich einer in fraudem legis herbeigeführten Werthserhöhung statuirt werden müssen. Konform mit §. 13 des Preußischen Enteignungsgesetzes kann für Neubauten, Anpflanzungen, sonstige neue Anlagen und Verbesserungen eine Vergütung nicht gewährt, vielmehr nur dem Eigenthümer die Wiederwegnahme auf seine Kosten vorbehalten werden, wenn aus der Art der Anlage, dem Zeitpunkte ihrer Errichtung oder den sonst obwaltenden Umständen erhellt, daß dieselben nur in der Absicht vorgenommen sind, eine höhere Entschädigung zu erzielen. Hiebei wird die Frage, ob ein arglistiges

27) Vgl. auch Purgold im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Neue Folge. Bd. 6 S. 352 ff.

28) Vgl. auch Bähr-Langerhaus a. a. O. S. 48. Rohland, Theorie und Praxis des Deutschen Enteignungsrechts, S. 89. Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. 2. Aufl. II S. 178 N. 16.

Verhalten vorliegt, durchweg dem pflichtmäßigen Ermessen der entscheidenden Behörden anheimzugeben und insbesondere in dem künftigen Gesetz kein bestimmter Zeitpunkt zu bezeichnen sein, von welchem an ein dolоses Handeln zu vermuthen oder vor welchem ein solches nicht soll in Frage kommen können. Was gerade den letzteren Punkt betrifft, so braucht nur auf den, wie die K. Eisenbahnbaukommission in einem Rechtsstreite behauptete, thatsächlich schon vorgekommenen Fall hingewiesen zu werden, daß zu Folge Bruchs des Amtsgeheimnisses Pläne der Verwaltung längst vor Einleitung des Enteignungsverfahrens zur Kenntniß der betheiligten Grundbesitzer gelangt und zum Nachtheil des Expropriirenden ausgebeutet worden sind. Von selbst wird es sich übrigens verstehen, daß wenn die Frage, ob für Neubauten ꝛc. eine Entschädigung zu gewähren sei, zu Ungunsten des Enteigneten Seitens der Enteignungsbehörde entschieden ist, diese Frage noch den Gegenstand eines Mehrentschädigungsanspruchs vor den Gerichten bilden kann.

6) Einen bis in die neueste Zeit äußerst bestrittenen Punkt bildet die Frage, ob im Fall einer Theilenteignung bei Feststellung der dem Enteigneten gebührenden Entschädigung auch diejenigen Nachtheile zu berücksichtigen sind, welche für das Restgrundstück durch die nach der Enteignung auf dem enteigneten Theile herzustellenden Anlagen und durch die Benützung dieser späteren Anlagen Seitens des Unternehmers entstehen.

Schon die Thatsache allein, daß ein Grundeigenthümer einen Theil seines Besitzthums abzutreten hat, daß er über denselben nicht mehr verfügen darf, kann dem Restgrundstück Nachtheil bringen, sofern dasselbe z. B. mittelst des weggegebenen Theils nicht mehr in gleich günstiger Weise wie bisher zugänglich ist [29]) oder bewässert werden kann. Daß derartige Nachtheile, wofern der Unternehmer sie nicht sofort durch geeignete Anlagen beseitigt [30]), bei Feststellung der Entschädigungssumme zu berück-

29) Vgl. übrigens auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 6 S. 159. Seuffert, Archiv Bd. 29 Nr. 243. 244. Bd. 36 Nr. 277. Bd. 37 Nr. 223.

30) Vgl. Grünhut a. a. O. S. 122. Seuffert, Archiv Bd. 33,

sichtigen sind, ergibt sich aus dem oben Ziff. 3 Gesagten und ist noch nie bestritten worden. Es sind aber auch Nachtheile denkbar, welche dem Enteigneten nicht unmittelbar aus der Thatsache, daß er sein Eigenthum abtreten mußte, sondern erst aus dem Gebrauch erwachsen, welchen der Enteignende von seinem nunmehrigen Eigenthum macht, aus den Anlagen, die er dort errichtet, der Art, wie er diese Anlagen benützt.

Die Rechtsprechung der Civilkammer ist bis jetzt in Uebereinstimmung mit der Rechtsprechung des höchsten Landesgerichts stets davon ausgegangen, daß derartige Nachtheile einen Entschädigungsanspruch aus dem Gesichtspunkt der Zwangsenteignung hinsichtlich des abgetretenen Grund und Bodens nicht zu begründen vermögen. Es ist gesagt worden, der Expropriirte sei nur für die Nachtheile zu entschädigen, welche mit der Entziehung des Grundeigenthums in ersichtlichem Zusammenhang stehen, derartige Nachtheile seien aber keine Folgen der gezwungenen Eigenthumsabtretung, sondern der über die Errichtung und den Betrieb des betreffenden öffentlichen Unternehmens erlassenen allgemein verbindlichen Staatsgesetze, welche unter gleichen Verhältnissen sämmtliche an die öffentliche Unternehmung angränzenden Güterbesitzer treffen. Bei der Expropriation seien allerdings die durch die Abtrennung eines Theils des Eigenthums von dem Restkomplex entstehenden Nachtheile in Rechnung zu nehmen und diese Nachtheile bestehen unter Anderem darin, daß der Enteignete selbst nicht mehr über die abgetretene Fläche verfügen könne. Daß aber aus dem Uebergang dieses Verfügungsrechts auf den Enteignenden dem Restgrundstück möglicherweise Nachtheile zugehen, sei eine natürliche Folge der Uebertragung des Eigenthums überhaupt, für welche der Enteignete mit der Entschädigung für Grund und Boden bereits entschädigt sei [31]). Der Zweck, zu welchem in concreto der Expropriirte sein Eigenthum abtrete, dürfe deßhalb nicht berücksichtigt werden, weil er auf einer für alle Staatsgenossen gleich verbindlichen

---

232, auch §. 14 des Preuß. Enteignungsgesetzes. Bähr und Langerhans a. a. O. S. 56 f.

31) Vgl. auch Bähr-Langerhans a. a. O. S. 96.

Anordnung beruhe, deren Realisirung der Einzelne nicht entgegentreten könne. Darin, daß der Enteignete mit seinem Restkomplex unmittelbarer Anlieger des öffentlichen Unternehmens werde, liege noch keine für sich bestehende Beschädigung, die letztere werde eventuell nur dadurch begründet, daß auf dem abgetretenen Theil die im Interesse der Gesammtheit ins Leben gerufene öffentliche Unternehmung sich realisire. Schließe diese Realisirung, die Art, wie der Enteignende sein neues Eigenthum benütze und ausbeute, in Wirklichkeit einen Eingriff in das dem Expropriirten verbleibende Eigenthum in sich, so stehen dem letzteren behufs Erlangung eines Ersatzes für den ihm hiedurch zugegangenen Schaden die aus allgemeinen Grundsätzen abzuleitenden Klagen und Rechtsmittel zu Gebot, aus dem Gesichtspunkt der Enteignung der auf den Unternehmer übergegangenen Fläche sei aber ein Ersatzanspruch, der sich nach dieser Seite hin auf den für die Bemessung der Entschädigung maßgebenden Zeitpunkt der Enteignung zudem auch gar noch nicht mit Sicherheit ermitteln lasse, nicht zu begründen [32]). So häufig die Einwendungen gegen die Richtigkeit dieser Theorie, insbesondere bezüglich der aus dem Bau des öffentlichen Unternehmens erwachsenden Nachtheile, wiederkehrten [33]), so ist die Praxis doch immer wieder auf sie zurückgekommen. In einem Fall, in welchem der Enteignete eine Mehrentschädigung damit zu rechtfertigen suchte, daß der Bau der Eisenbahn mitten zwischen dem ihm verbleibenden Grundstück hindurch den Werth des letzteren erheblich beeinträchtige, hat die Civilkammer des K. Obertribunals unter Bestätigung der erstrichterlichen Entscheidung in dem Urtheil vom 26. Februar 1877 wiederholt ausgesprochen, zu entschädigen sei der Kläger für denjenigen Nachtheil, welcher Folge der gezwungenen Eigenthumsabtretung sei, nicht aber für solche Nachtheile, welche sich als Folge der Eisenbahnanlage dar-

32) Vgl. Koch, Deutschlands Eisenbahnen I S. 138, Heuser, Annalen IV S. 60 ff. Grünhut a. a. O. S. 104. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 2 S. 237 ff. Bd. 5 S. 252 ff. Eger a. a. O. S. 10.

33) Vgl. auch Seuffert, Archiv Bd. 31 Nr. 42 und Juristische Wochenschrift ꝛc. 1880. Nr. 21—23.

stellen, und in einem andern Fall, in welchem der Expropriat geltend zu machen suchte, daß der neben seinem Restkomplex aufzuwerfende Eisenbahndamm seinem Besitzthum Luft und Licht entziehe [34]) und Wasser zuführe, ist die Annahme der Civilkammer, es bestehe ein Kausalzusammenhang zwischen diesen Nachtheilen und der Enteignung des von der Beklagten in Besitz genommenen Stückes nicht, und es seien dieselben darum nicht zu berücksichtigen, von der Civilkammer des K. Obertribunals in dem Urtheile vom 3. Juli 1877 als zutreffend bezeichnet worden. Daß dieser Auffassung mannigfache rechtliche Bedenken gegenüberstehen, wird sich nicht leugnen lassen, der hier gemachte Unterschied zwischen der Enteignung selbst und dem Zwecke der Enteignung ist unnatürlich und in der Sachlage nicht begründet. Allerdings handelt es sich nur um den Ersatz derjenigen Nachtheile, welche dem Expropriaten durch die Enteignung erwachsen sind. Allein das eben ist die Frage, ob die Möglichkeit eines Kausalzusammenhangs zwischen diesem Ereigniß und den Anlagen- und Betriebsnachtheilen ohne Weiteres verneint werden kann. Dies trifft sicherlich nicht zu. Es lassen sich Fälle denken, für welche der Nachweis möglich ist, daß das Restgrundstück, so wie geschehen, durch die Anlage und den Betrieb der neuen Unternehmung nicht geschädigt würde, wenn dieselbe nicht, oder lediglich auf dem früheren Nachbarland zur Ausführung käme. Hier ist mit dem Hinweis darauf, daß derartige Nachtheile auch der Nicht-Expropriirte ohne Ersatz zu leiden habe, dem Entschädigungsanspruch des Enteigneten die Spitze noch nicht abgebrochen, denn er war eben mittelst des ihm entzogenen Eigenthums im Stande, sich gegen solche Vernachtheiligung zu schützen. Für solche Fälle kann sich der Expropriirende gemäß dem Prinzip der vollen Entschädigung der Ersatzleistung wegen der Anlage- und Betriebsnachtheile nicht entziehen [35]) (vgl. auch §. 31 des Preußischen Gesetzes), und an seiner Verpflichtung hiezu muß

34) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 2 S. 238.

35) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 5 S. 250 f. in Verbindung mit Bd. 2 S. 236. Seuffert, Archiv Bd. 34 Nr. 222.

festgehalten werden, auch wenn von dem Enteignungsgesetz, wie dieß in §. 14 des Preußischen Gesetzes geschieht, dem Unternehmer die öffentlich rechtliche Verbindlichkeit auferlegt wird, diejenigen Anlagen an Wegen, Ueberfahrten, Triften, Einfriedigungen, Bewässerungs- und Vorfluths-Anstalten ꝛc. zu errichten, welche für die benachbarten Grundstücke oder im öffentlichen Interesse zur Sicherung gegen Gefahren und Nachtheile nothwendig werden. Denn diese Verpflichtung reicht zur Schadloshaltung des Enteigneten so wenig aus [36]), als dieß bezüglich der Rechtsbehelfe der Fall ist, welche dem letzteren etwa vom Standpunkte des Nachbarrechts aus zur Seite stehen [37]).

Schließlich mag noch Folgendes bemerkt werden:

1) Neben der Entschädigung für die Entziehung und die nach den gleichen Grundsätzen zu behandelnde Beschränkung des Eigenthums an Liegenschaften kommen noch Ersatz-Ansprüche untergeordneter Art in Frage. Der von dem künftigen Enteignungsgesetz auszusprechenden, bis jetzt so gut wie gar nicht geregelten Pflicht des Grundbesitzers, für Vorbereitungs-Arbeiten sein Eigenthum offen zu legen und gewisse Veränderungen mit demselben vornehmen zu lassen (vgl. §. 5 des Preußischen Gesetzes), muß auch hier die Pflicht des Unternehmers zum Schadensersatz entsprechen. Hiebei wird gleichfalls davon auszugehen sein, daß dem Eigenthümer oder Nutzungsberechtigten nicht blos der entgehende Gutsertrag zu vergüten und außerdem für die Kosten der Wiederherstellung des Grundstücks in seinen früheren Zustand Ersatz zu leisten, sondern überhaupt für den gesammten durch die Vorarbeiten und vorübergehenden Beschränkungen erwachsenen Schaden Ersatz zu gewähren ist, und daß auch für dessen Feststellung im Streitfall der Rechtsweg nicht verschlossen sein darf.

2) Subjekt des Entschädigungsanspruchs ist zunächst der

---

36) Vgl. Eger a. a. O. S. 13 zu §. 14 des Preußischen Enteignungsgesetzes, übrigens auch Bähr und Langerhans a. a. O. S. 95 ff. Württ. Archiv Bd. 21 S. 207.

37) Vgl. Art. 65 Abs. 4 der Neuen Allgemeinen Bauordnung vom 6. Oktober 1872. Württ. Archiv Bd. 15 S. 38. Württ. Gerichtsblatt Bd. 13 S. 227 ff. und Bähr-Langerhans a. a. O. S. 56. 57.

Grundstückseigenthümer, dessen Eigenthum dem Enteignungszwecke entweder ganz zum Opfer gefallen, oder aber eine bleibende beziehungsweise vorübergehende Beschränkung erfahren hat. Bei der Enteignung können aber noch eine Reihe anderer Personen (Pfandgläubiger, Servitutberechtigte, Nutznießer, Pächter, Miether) betheiligt sein, deren Verhältniß zur Entschädigungsfrage gleichfalls zu regeln ist. In den bestehenden Gesetzgebungen, wie in der Theorie [38]) erfahren dieselben eine verschiedene Behandlung. Es fragt sich, ob den betreffenden Betheiligten ein direkter Anspruch gegen den Unternehmer auf Leistung einer besonderen Entschädigung zuzuerkennen ist, oder ob einfach die dem Eigenthümer zu leistende Geldentschädigung an die Stelle des Grundstücks mit der Maßgabe zu treten hat, daß zwar den betheiligten Nebenberechtigten eine Mitwirkung bei der für den Eigenthümer zu bemessenden Entschädigungssumme zuerkannt wird, im Uebrigen aber die Auseinandersetzung zwischen dem Haupt- und Nebenberechtigten den Betheiligten, die Wahrung der Rechte der Nebenberechtigten der Rechtspolizeibehörde überlassen bleibt.

Nach der bisherigen Württembergischen Praxis wird man diese Frage, was Servitutberechtigte, Nutznießer, Leibgedingsberechtigte, überhaupt dinglich Berechtigte [39]) betrifft, im Sinne der ersteren Alternative zu beantworten haben [40]). Wenigstens hat in einem Fall, in welchem eine Gemeinde gegen die K. Eisenbahndirektion Entschädigungsansprüche auf den Grund der Behauptung erhob, es sei das ihr auf der Gemeindemarkung zustehende Weiderecht durch die Enteignung einer Reihe von Parzellen zu Eisenbahnzwecken beeinträchtigt worden, weder die

38) Vgl. die Nachweisungen bei ꝛc. Grünhut a. a. O. S. 130 ff. Seydel in Hausers Zeitschrift Bd. 3 S. 237, sodann das Preußische Enteignungsgesetz §§. 11. 30. 46. Württ. Archiv Bd. 21 S. 192 f.

39) Auch bei den Unterpfandsgläubigern, deren Berechtigung sich im Wesentlichen darin erschöpft, aus dem Werth der Sache des Verpfänders ihre Befriedigung erhalten, ist die Möglichkeit besonderer von dem Enteignenden allein zu vertretender Nachtheile nicht ausgeschlossen, vgl. Häberlin a. a. O. S. 196. Grünhut a. a. O. S. 136 ff., auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 5 S. 281.

40) Württ. Gerichtsblatt Bd. 14 S. 147, vgl. auch Seuffert, Archiv Bd. 37 Nr. 223.

Civilkammer des vormaligen K. Kreisgerichtshofs zu Ulm, noch das höchste Landesgericht das Recht dieser Gemeinde auf Feststellung einer besonderen Entschädigung beanstandet. Nur bei Anerkennung eines solchen direkten Anspruchs gegen den Unternehmer ist den Nebenberechtigten die Erlangung des ihnen gebührenden vollen Ersatzes gewährleistet, denn nicht immer deckt die Entschädigung für das von Lasten frei gedachte Eigenthum auch den für die Lasteuberechtigten aus der Enteignung hervorgehenden Schaden, für den Servitutberechtigten insbesondere übersteigt oftmals der ihm durch den Verlust seines Rechts zugehende Nachtheil um ein Erhebliches den Betrag, um welchen die Servitut das belastete (enteignete) Grundstück im Werth vermindert. Es wird indessen noch weiter zu gehen und auch den Pächtern und Miethern des abzutretenden Grundstücks, obgleich ihr Recht an demselben nicht ein dingliches ist, ihnen vielmehr nur persönliche Rechte gegen den Verpächter und Vermiether zur Seite stehen, ein besonderer Entschädigungsanspruch gegen den Enteignenden einzuräumen sein[41]). Mit dem Augenblick der Bezahlung oder Hinterlegung der vorläufig festgesetzten Entschädigungssumme geht das Eigenthum des expropriirten Grundstücks auf den Unternehmer über[42]). Mit diesem Augenblick ist daher derselbe in der Lage, den Pächter oder Miether auszutreiben und hiemit dem diesen zustehenden Benützungs- oder Gebrauchsrecht ein Ende zu machen. Pächter und Miether sind jetzt dafür zu entschädigen, daß das Rechtsverhältniß vor der Zeit aufhört, diese Entschädigung können sie unmöglich bei dem Verpächter oder Vermiether zu suchen haben, der an der Beendigung ihres Rechts nicht die mindeste Schuld trägt, es entspricht wohl auch nicht der Billigkeit, die Nutzung der Entschädigungssumme einfach an die Stelle des enteigneten Objekts treten zu lassen[43]).

41) Vgl. Grünhut a. a. O. S. 140 ff., vgl. aber auch Seuffert, Archiv Bd. 20 Nr. 136. Bd. 35 Nr. 215.

42) Vgl. Thiel, Expropriationsrecht S. 25 f. Rohland, Theorie und Praxis des Enteignungsrechts S. 37 ff. Württ. Gerichtsblatt Bd. 13 S. 275. Boscher, Zeitschrift 1878. S. 257 ff. Lang, Sachenrecht I S. 265. Württ. Archiv Bd. 21 S. 221.

43) Vgl. Bähr-Langerhans a. a. O. S. 53.

Die richtigste Lösung ist vielmehr offensichtlich diejenige, welche den fraglichen Betheiligten dem Enteignenden gegenüber ein Recht auf das erweisliche Interesse zuerkennt, das sie an der Fortsetzung des Pachts oder der Miethe bis zu deren Ablauf oder bis zum nächsten Kündigungstermin haben [44]). Worin dieses Interesse besteht, ist quaestio facti — und im einzelnen Fall der Beurtheilung des Richters zu überlassen. Die Civilkammer war nie in der Lage, sich über eine derartige Entschädigungsforderung auszusprechen.

II. Zur Frage vom obrigkeitlichen Erkenntniß über eine beim Verkauf anbedungene Realdienstbarkeit.

Von Herrn Rechtsanwalt **S. Schott** in Stuttgart.

Gegen den im Württ. Archiv [1]) aufgestellten Satz, daß neben dem für Liegenschaftskäufe vorgeschriebenen obrigkeitlichen Erkenntniß die dabei bedungene Auflegung von Realdienstbarkeiten noch besonderer obrigkeitlicher Bestätigung bei Strafe der Nichtigkeit bedürfe, wurde im Bd. X. S. 230 eine Entscheidung des Obertribunals von 1865 angeführt, welche das Gegentheil annimmt. Nachdem die K. Verordnung vom 19. Juni 1808 den Magistraten die Kognition auch über die Auflegung von Eigenthumsbeschränkungen, Reallasten u. s. w. überwies, werde durch die obrigkeitliche Ratifizirung eines die Bestellung einer Realdienstbarkeit mit enthaltenden Kaufvertrages zugleich die letztere ratifizirt. Aehnlich entschied das Obertribunal auch wieder 1874 anläßlich einer im Kaufvertrage vorbehaltenen Reallast [2]).

In so allgemeiner Fassung aber wird die Thesis kaum zu verstehen, wenigstens nicht zu rechtfertigen sein.

Bekanntlich ist die Giltigkeit der Veräußerung einer Liegenschaft seit dem dritten Landrechte nicht mehr abhängig vom Hinzutritte des vorgeschriebenen obrigkeitlichen Erkenntnisses. Dieses

44) Vgl. Seydel in Hausers Zeitschrift Bd. 3 S. 238.

1) Bd. IX. S. 88.

2) Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. XVII. S. 3.

bezweckt jetzt nur noch, dafür zu sorgen, daß durch den Inhalt des Vertrages keine bestehenden Rechte verletzt werden; im Uebrigen kann das Erkenntniß nichts festsetzen, was die Giltigkeit des Vertrages bedingen oder die Parteien sonst irgend binden oder verpflichten könnte [3]).

Dagegen bleibt der Vorbehalt einer Realdienstbarkeit für den Verkäufer nichtig, wenn sie nicht von der betreffenden Obrigkeit gut geheißen wird [4]).

Eine bestimmte Form dieser Bewilligung ist nicht vorgeschrieben; und so läßt sich, wenn die Behörde ihren Zustimmungsbeschluß in einer und derselben Formel mit der Verurkundung des Kaufvertrags unterbringen will, die Zulässigkeit dieser Zusammenfassung im Allgemeinen nicht bestreiten, jedoch unter der wesentlichen Voraussetzung, daß der Wille der Behörde, in dem Einen Akte die beiderlei Beschlüsse zu fassen und auszudrücken, sich unzweideutig erkennen läßt.

Dieß ist dann nicht der Fall, wenn bei einer Behörde, wie z. B. seit einer Reihe von Jahren bei dem Gemeinderathe von Stuttgart, es so gehalten wird, daß über den Kauf u. s. w. und dann über den damit verknüpften Vorbehalt einer Realdienstbarkeit je besonders erkannt wird.

Könnte hier wohl Mangels eines besondren Erkenntnisses über die Servitut mit Grund geltend gemacht werden, daß dieses Erkenntniß immerhin schon enthalten sei in dem Erkenntnisse über den Kaufvertrag, daß der Brauch, über Servitutenbestellung ein besondres Erkenntniß zu erlassen, nur die Beobachtung einer reglementären Form betreffe und nicht den Schluß rechtfertige, daß auch die materielle Prüfung der Dienstbarkeit beim Erkenntniß über den Kauf noch habe ausgesetzt werden wollen? Dieß um so weniger, als die Schaffung der Servitut zum Inhalte des Kaufvertrages gehöre und es mindestens zweifelhaft wäre, ob der Verkäufer so, wie geschehen, den Vertrag eingehen wolle, auch wenn die Errichtung der Dienstbarkeit nicht genehmigt werde? Es lasse sich, könnte man sagen, doch nicht annehmen, daß die Behörde, wenn ent-

3) Wächter, Württ. Priv.R. I. S. 489.

4) Landr. Th. II. Tit. IX. §. „Gleichergestallt". Württ. Archiv Bd. XVI. S. 379. vgl. Bd. I. S. 363.

schlossen, der Servitut die Genehmigung zu versagen, gleichwohl den Kaufvertrag solennisirt hätte, von welchem sie wisse, daß der Verkäufer ihn wegen Nichteintritts einer durch die Behörde zu erfüllenden Voraussetzung dann sofort rückgängig machen werde.

Allein andrerseits genügt die Möglichkeit, daß die Mitglieder der kognoszirenden Behörde schon bei Prüfung des Kaufvertrages entschlossen waren, auch die Servitut zu genehmigen, ja es genügt selbst eine z. B. durch Zeugniß zu erbringende Gewißheit dieser Absicht der Mitglieder eben doch nicht, von dem nothwendigen Hinzutritt eines entsprechenden Erkenntnisses zu dispensiren. Denn gingen die Mitglieder einmal davon aus, daß ein besondres Erkenntniß über die Dienstbarkeit noch bevorstehe, so war beim Erkenntniß über den Kauf ihre Willensmeinung erst gerichtet, konnte wenigstens denkbarer Weise erst gerichtet sein darauf, bei dem nachfolgenden Erkenntniß über die Dienstbarkeit Ja zu sagen. Hiemit war aber das Ja selbst noch nicht ausgesprochen und erst durch die wirkliche Erklärung des Willens, ein Erkenntniß des und des Inhaltes auszusprechen, konnte dieses Erkenntniß entstehen. Es ist hier, wie bei jedem Kollegial-Beschluß: auch wenn die Mitglieder sich einig wissen, ist diese Uebereinstimmung noch nicht der Beschluß selber. Der Uebelstand, daß das Erkenntniß über den ganzen Kauf nutzlos bliebe, wenn nachher die Servitut nicht genehmigt würde, hat sich vielleicht noch niemals in der Praxis gezeigt: stößt bei Prüfung des Kauf-Vertrages die einzuräumende Servitut auf Anstände, so wird die Behörde schon vor dem Erkenntniß über den Kauf die Parteien auf die Möglichkeit jener Beanstandung hinweisen; verlangen sie dann gleichwohl die beiderlei Erkenntnisse, so wird die Behörde zunächst beschließen, ob sie die Dienstbarkeit gewähren will; fällt der Beschluß dagegen aus, so unterbleibt auch die Bestätigung des Kaufes, eben weil ein Theil des Vertrages, die Servitutbestellung, unmöglich und hiedurch die Absicht der Parteien, den Vertrag im Uebrigen dennoch gelten zu lassen, wenigstens zweifelhaft geworden ist.

Nach dem Bisherigen kann da, wo besondre Erkenntnisse über den Vorbehalt von Servituten üblich sind, das Erkenntniß

über den Kaufvertrag nicht beweisen, daß auch über jene Servitut-Errichtung erkannt wurde.

Aber auch da, wo man das Erkenntniß über die Dienstbarkeit nicht abgesondert von dem über den Kauf-Vertrag zu ertheilen pflegt, beweist das letztere Erkenntniß die Vornahme des ersteren, das über die Real-Servitut, dann nicht, wenn es zweifelhaft bleibt, ob die Behörde sich bewußt war, über eine Realdienstbarkeit erkennen zu sollen.

Befugnisse, welche als Inhalt einer Realservitut vorkommen, können auch als persönliche bestellt werden, woferne sie entweder geeignet sind, dem Berechtigten, auch ohne Rücksicht auf ein bestimmtes Grundstück desselben, Vortheil zu gewähren, oder woferne sie dem Besitzer eines Grundstückes zwar nur wegen dieses Grundstückes von Werth sind, ihm aber gleichwohl nur für seine Person oder ihm und seinen Erben, nicht jedem Eigenthumsnachfolger zustehen sollen [5]); denkbarer Weise werden solche Befugnisse sogar blos obligatorisch, ohne sie mit servitutischem Charakter zu bekleiden, vorbehalten [6]). Wo die Art des vorbehaltenen Rechtes die Möglichkeit einer persönlichen Servitut oder bloßer Obligation nicht ausschließt [7]), ist die Absicht der Parteien Thatfrage [8]), und darf im Zweifelsfalle nur das weniger Beschwerende als gewollt angenommen werden [9]).

Ergibt sich also aus dem Vertrage nicht unzweideutig, daß es sich um eine Realdienstbarkeit handelt, so kann natürlich die Thatsache des dem Vertrage ertheilten obrigkeitlichen Erkenntnisses den Beweis nicht liefern, daß eine Real-Servitut bestätigt werden wollte. Ebensowenig kann die spätere Aufnahme der betreffenden Vertragsbestimmung in das Güterbuch oder in das Servitutenbuch jenen Beweis nachbringen, da solche Einträge nicht von dem erkennenden Kollegium unterschriftlich anerkannt werden, ab-

5) Arndt's Pand. §. 177. und die dort Angef. Württ. Archiv Bd. IX. S. 87.

6) Sintenis, Civ.R. Bd. I. §. 58. Anm. 2. Nro. 2.

7) Vgl. Württ. Archiv Bd. I. S. 346 ff.

8) Seuffert, Archiv Bd. IX. Nro. 10. Bd. XXV. N o. 201.

9) Mühlenbruch, Pandektenr. Bd. II. §. 271. Nro. I. Reyscher, Württ. Priv.R. Bd. II. §. 295.

gesehen davon, daß selbst die erweisliche Absicht des Kollegiums wirkungslos wäre, so lange es ungewiß bleibt, ob auch die Parteien eine Realservitut selbst zur Zeit jenes Erkenntnisses wollten. Umgekehrt würde gleichwenig eine nachträgliche Erklärung der Parteien, daß sie die Realservitut wirklich gewollt haben, genügen, so lange nicht auf Grund dieser Erläuterung das Kollegium sein Einverständniß mit einer Realservitut kundgibt.

Vollends nachdem das deutsche Recht Realdienstbarkeiten auch ohne herrschendes Grundstück geschaffen hat [10]), läßt sich eine Reihe von Vertragsbestimmungen denken, bei welchen es zweifelhaft ist, ob sie nach der Absicht der Parteien und der über den Veräußerungsvertrag erkennenden Behörde ein dingliches oder ein nur persönliches Rechtsverhältniß schaffen wollten, bei welchen also die Thatsache, daß über den Vertrag im Ganzen erkannt wurde, es zweifelhaft läßt, ob die Bestellung einer Prädial-Servitut sanktionirt werden wollte.

Weiter lassen sich Fälle denken, wo zwar die Absicht der Parteien, eine Realdienstbarkeit zu errichten, aus dem Kauf-Vertrage klar hervorgeht, Einzelnes aber noch späterer Festsetzung durch sie oder durch Dritte vorbehalten bleibt; z. B. bei einer Wegdienstbarkeit die Richtung des Weges. Da hiebei möglicherweite öffentliches Interesse oder die Rücksicht auf Nachbarn in's Spiel kommt, so kann die über den Kauf-Vertrag erkennende Behörde nach Umständen davon ausgehen, daß die Parteien selbst noch kein Erkenntniß über die von ihnen erst noch zu präzisirende Dienstbarkeit erwarten; und dann liegt in dem Erkenntniß über den Kauf nicht nothwendig auch bereits ein Beschluß wegen der Dienstbarkeit.

Es sei gestattet, noch einige Bemerkungen anzuhängen.

Wie verhält es sich in dem Falle, wenn die veräußernde Partei eine juristische Person ist und diese sich ein Recht in Beziehung auf die veräußerte Liegenschaft vorbehält? Im Zweifelsfalle muß nach dem Bisherigen angenommen werden, daß dieses Recht blos gegen den Mitpaziszenten oder gegen ihn und seine Erben wirken soll, d. h. ein obligatorisches sei. Sollte dagegen

10) Württ. Archiv Bd. IV. S. 417. Note, Bd. XII. S. 211.

die veräußerte Liegenschaft zweifellos mit einer Dienstbarkeit belastet werden, so fragt es sich, ob mit einer realen oder einer persönlichen? Für den letzteren Fall kommt in Betracht, daß die römisch-rechtliche Bestimmung, wonach die einer juristischen Person zustehende persönliche Servitut mit hundert Jahren erlöschen soll, jetzt nicht mehr an diese Zeitbeschränkung gebunden ist [11]). Bestimmt also der Vertrag keine Zeitbegränzung, so liegt eine causa perpetua vor, und da das dritte Landrecht die vorher für Servituten jeder Art nothwendige gerichtliche Zustimmung im §. „doch wann" nur ausnahmsweise für vorübergehend vorbehaltene aufhob, im Gegensatze auch zum „ewigen" Bodenzins, wie dieser im §. „Gleichergestallt" beispielshalber angeführt ist [12]), so berechtigt die ratio legis zu der Annahme, daß jede Auflegung bleibender, ewiger Servituten der behördlichen Erlaubniß bedarf, auch wenn sie aktiv nicht radizirt werden.

Sodann läßt sich, wenn das Dienstbarkeitsrecht z. B. den Genossen einer Gemeinde zu statten kommt, die Gemeindemarkung als das herrschende Grundstück ansehen [13]).

Weiter entsteht die Frage: Wird über eine vom Käufer sich vorbehaltene Realdienstbarkeit giltig erkannt, wenn der Käufer zur Zeit des Erkenntnisses noch nicht Eigenthümer der zu beschwerenden Liegenschaft ist?

Eine vertragsmäßige Servitut schaffen kann nur der Eigenthümer der zu belastenden Sache (oder wer sonst ein legitimirendes dingliches Recht an letzterer hat, wie der Emphyteuta). Der Kaufvertrag überträgt nach Württembergischem Rechte noch nicht auch das Eigenthum, verpflichtet den Verkäufer nicht einmal, dem Käufer Eigenthum, sondern zunächst nur, ihm das Haben der Sache zu verschaffen. In sehr vielen Fällen wird zur Zeit des obrigkeitlichen Erkenntnisses der Käufer in den Besitz der Liegenschaft noch nicht sofort mit Abschluß des Vertrages eingewiesen, vielmehr Uebergabe und Zahlung, auch wenn jedes Neurecht beseitigt ist, auf den Tag des Erkenntnisses oder auf

11) Windscheid, Pand. Bd. I. §. 215. Note 8. Seuffert, Arch. Bd. XVI. Nro. 176. Bd. XXXVI. Nro. 108.

12) Vgl. Württ. Archiv Bd. I. S. 363. 370. 372. Bd. IX. S. 90.

13) Seuffert, Archiv Bd. XXI. Nro. 95. Bd. XXVI. Nro. 4.

noch später ausgesetzt, zumal gerade beim Vorbehalt einer Servitut, deren Verweigerung durch die Behörde den Vertrag überhaupt umwerfen, mindestens in Frage stellen würde. Hiezu kommt, daß man in Württemberg die Liegenschaften weder förmlich noch symbolisch zu übergeben pflegt, sondern der Käufer, wenn sonst alles in Ordnung, eben mit Wissen seines Verkäufers den Besitz ergreift [14]), was auch füglich als die Einräumung des Gutes [15]) gelten kann.

Selten wird daher die erkennende Behörde sich vor dem Erkenntnisse Sicherheit darüber verschaffen können, ob der Eigenthumsübergang schon vollzogen ist; vollen Beweis würde nicht einmal eine bezügliche Angabe der Parteien in der Vertrags-Urkunde oder vor der Behörde machen, indem die Angabe früherer Tradition nur den Werth eines unbeschworenen Zeugnisses hätte und die blos disponirende Erklärung des Verkäufers, die Sache hiemit übergeben zu wollen, dem Käufer nur die Befugniß zur Besitzergreifung ertheilt, deren wirkliche Vornahme dann erst das Eigenthum erwirbt [16]).

Wenn aber vollends wie ja häufig geschieht, die Vertrags-Urkunde ausdrücklich disponirt, die Uebergabe solle in einem späteren Zeitpunkte stattfinden, z. B. an Martini, während der Kauf-Vertrag vielleicht schon im Frühjahr dem obrigkeitlichen Erkenntniß unterstellt wird, dann ist es für die erkennende Behörde sogar positiv gewiß, daß der Käufer noch nicht im Stande ist, die Servitut zu gewähren.

Es läßt sich auch mit der Unterstellung nicht helfen, durch den Vorbehalt einer Servitut werde ein Theil des dem Verkäufer zustehenden Eigenthumsrechts von der Veräußerung ausgenommen, um beim Verkäufer zurückzubleiben [17]); denn diese Unterstellung ist unjuristisch; die Servitut wird vielmehr jetzt erst geschaffen und sie kann nur geschaffen werden durch den Empfänger des

14) Reyscher, Württ. Priv.R. Thl. II. §. 287. Note 3 und 6. Volley, Komm. S. 33. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. XVIII. Nro. 13.

15) L.R. Thl. II. Tit. IX. §. „Und wo".

16) Savigny, das Recht des Besitzes, VI. Aufl. S. 373. Seuffert, Archiv Bd. X. Nro. 229. XIII. Nro. 296. XXXIV. Nro. 13.

17) Seuffert, Archiv Bd. IV. Nro. 207.

mit ihr zu belastenden Eigenthums [18]), weßhalb der Ausdruck „Vorbehalt einer Servitut" nichts ist, als eine Abkürzung des Anspruchs auf Bestellung der Servitut durch den Erwerber der Sache, auf welche, so lange sie Eigenthum des Verkäufers bleibt, dieser bekanntlich nicht selbst eine Servitut haben kann.

Von dem Grundsatze, daß nur der Eigenthümer einer Sache diese dinglich zu belasten vermag, macht allerdings das württembergische Pfandgesetz Art. 6 und 60 eine Ausnahme. Danach kann der Erwerber eines Grundstückes dasselbe bereits dann, wenn „über den Vertrag, wodurch die Erwerbung geschehen, obrigkeitlich erkannt" ist „noch vor der Vollziehung des letzteren" gültig verpfänden. Allein diese der Zweckmäßigkeit halber statuirte Ausnahme bekräftigt die Regel. Sie setzt zudem voraus, daß über den Veräußerungs-Vertrag bereits gerichtlich erkannt ist; andernfalls kann die Verpfändung nicht einmal vorgemerkt werden [19]).

Das obrigkeitliche Erkenntniß muß also dem Verpfändungsakte vorausgehen, im Zeitpunkte des letzteren bereits definitiv sein. Da der Verpfändungsakt nicht mit dem Erkenntniß über die Veräußerung zeitlich zusammenfällt, vielmehr die Unterpfandsbehörde vorher die Zuläßigkeit der Verpfändung, eventuell die Anwendbarkeit des Art. 60 festzustellen hat, Pfandges. Art. 180, so erfolgt die Pfandbestellung mit der Gewißheit, daß dem Erfordernisse des Art. 60 genügt, daß über den Kaufvertrag bereits erkannt ist. Anders, wenn über Veräußerungsvertrag und Servitutbestellung gleichzeitig erkannt werden soll. In den seltensten Fällen wird hier die Behörde genügend feststellen können, daß das wesentliche Erforderniß für die Giltigkeit der Servitutbestellung, der Uebergang des Eigenthums an den Besteller, ein nicht unter Mitwirkung der Behörde sich vollziehender Akt, bereits eingetreten sei.

Dieß legt die Frage sehr nahe, ob nicht das Erkenntniß über die Servitutbestellung giltig in der Weise erfolgen könne, daß solches an die Voraussetzung entweder bereits vollzogener

18) Windscheid, Pand. §. 212, Note 12.
19) Bolley, Komm. S. 27 ff.

oder doch nachfolgender Eigenthumsübertragung an den Besteller geknüpft werde? Hiefür spricht schon der Umstand, daß die Anbedingung der Servitut einen Theil des Vertragswillens bildet, daß also im Zweifelsfalle dann, wenn die Servitut nicht bestellt werden kann, wenigstens nach der Willensmeinung des Veräußerers auch der ganze Vertrag nicht gelten soll und daß, wenn das Erkenntniß über die Servitut ausgesetzt bleiben soll bis zum Nachweise, daß der Besteller der Servitut durch Uebergang des Eigenthums an ihn auch wirklich das Recht zur Bestellung der Servitut erlangt habe, die Giltigkeit des ganzen Vertrags in der Schwebe verharren würde. Unstreitig wäre es recht zweckmäßig, wenn eine gesetzliche Vorschrift bestünde, welche in ähnlicher Weise, wie Pfandbestellungen, auch die definitive Errichtung von Dienstbarkeiten schon nach erfolgtem obrigkeitlichem Erkenntniß über den Veräußerungsakt zuließe. Aber ein solches Gesetz besteht nicht.

So fragt es sich denn, ob die Behörde nicht gleichwohl über die Servitut erkennen darf, auch bevor letztere wirksam errichtet ist? Wie schon gesagt, bedarf dieses Erkenntniß keiner besondren Form; das Landrecht erklärt aus Gründen rechtspolizeilicher Fürsorge die vertragsmäßige Entstehung von Realdienstbarkeiten zwar abhängig von obrigkeitlicher Kognition, bestimmt aber nicht den Zeitpunkt der letzteren. Es bleibt also nur so viel gewiß, daß eine vertragsmäßige Realdienstbarkeit nicht zu rechtlicher Existenz gelangen kann, wenn ihr nicht zu solcher verholfen ist durch die von der zuständigen Behörde ausgegangene Zulässigkeitserklärung. Ueber diese Erklärung nun kann die Behörde sich schlüssig machen, auch ehe der Besteller der Servitut die Fähigkeit erlangt hat, den Akt der Bestellung rechtsgiltig vorzunehmen. Denn allerdings muß die Behörde sowohl nach der Natur ihrer bezüglichen Aufgabe, als nach spezieller Vorschrift der K. Verordnung von 1808, §. 3, bei ihrem Erkenntnisse die Fähigkeit der Kontrahenten, den vorgelegten Vertrag einzugehen, ebenfalls prüfen; jedoch ein gesetzliches Hinderniß besteht wohl nicht, die Errichtung der Servitut schon jetzt für zulässig zu erkennen unter der Voraussetzung, daß der, welcher belasten will, das Verfügungsrecht über die zu belastende

Sache, nämlich deren Eigenthum, noch erlangen werde. Eine blos präparatorische Thätigkeit [20]) ist dieß nicht; denn es soll nicht erst ein Vorvertrag, welcher Recht und Verbindlichkeit zum Abschlusse eines späteren begründet, sanktionirt werden; vielmehr hat nur noch der Vollzug des abgeschlossenen Vertrags, die Tradition des Kaufgegenstandes, nachzufolgen. Wollte man diese wohl auch überall von der Praxis angenommene Behandlungsweise nicht zulässig finden, so wäre der Vorbehalt einer Dienstbarkeit auf der wegveräußerten Sache überhaupt kaum ausführbar, denn der Verkäufer will im Zweifel die Sache nur weggeben, wenn ihm die Dienstbarkeit darauf bestellt wird. Kann ihm diese erst bestellt werden, nachdem durch Vollzug des Vertrages, also durch Uebergabe der Sache der Käufer deren Eigenthum erlangt hat, und wird die Bestellung vereitelt durch die behördliche Verweigerung des Erkenntnisses, so fällt der Kaufvertrag selbst [21]), und dem Verkäufer kann mit dem Recht, das Eigenthum der hingegebenen Sache sich erst wieder zu verschaffen, überhaupt mit einem so prekären Zwischenzustande in der Regel nicht gedient sein. Selbst der gleichbaldige Eintrag der Servitut in das Güterbuch würde ihn nicht schützen, weil ein solcher Eintrag das noch ausstehende obrigkeitliche Erkenntniß über die Servitut nicht zu ersetzen vermag [22]).

Freilich erhebt sich noch folgende Schwierigkeit. Es ist bestritten, ob die Zusage einer Servitut widerrufen werden kann bis zum obrigkeitlichen Erkenntniß über dieselbe. Das frühere Obertribunal hat, im Hinblick auf Entstehungsgeschichte und Wortlaut des Gesetzes, die Frage bejaht, von Wächter sie verneint, und auch von Kübel neigt sich letzterer Meinung zu [23]).

Aber selbst vom Standpunkte des Obertribunals aus wird man unter dem obrigkeitlichen Erkenntnisse, welches dem Rücktrittsrechte des Promittenten ein Ende macht, füglich dasjenige Erkenntniß mitbegreifen dürfen, welches, die Servitut von Rechts-

---

20) Vgl. Württ. Archiv Bd. X. S. 111.

21) Seuffert, Archiv Bd. XXXIV. Nro. 268. Bd. XXXVI. Nro. 10. Württ. Archiv Bd. VI. S. 157. Bd. XIX. S. 352.

22) Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. XXI. S. 199.

23) Württ. Archiv Bd. X. S. 109 ff.

polizei wegen gutheißend, davon ausgeht, daß der Promittent dem privatrechtlichen Erfordernisse der Giltigkeit, nämlich dem Eigenthumserwerbe noch genügen werde, denn im Zweifel muß das Gesetz doch in dem Sinne ausgelegt werden, welcher seinem Zwecke am Besten entspricht und nicht die Rechtssicherheit gefährdet.

Die Voraussetzung für das obrigkeitliche Erkenntniß, nämlich, daß der Bewilliger der Servitut die Verfügung über das zu belastende Gut erlange, ist so selbstverständlich, wie die gleiche Voraussetzung für den die Servitut anbedingenden Veräußerer des Guts selbst; sie wird deßhalb auch im Tenor des Erkenntnisses ebensowenig ausgedrückt werden müssen, wie im Veräußerungsvertrage, welcher die Dienstbarkeit anbedingt.

Nicht entgegen steht der an sich richtige Satz, daß zur Zeit des Erkenntnisses das Rechtsgeschäft materiell abgeschlossen sein muß [24]).

Denn ertheilt ist die Zusage des Käufers: unter der Voraussetzung, daß ihm das Kaufobjekt tradirt werde, eine Dienstbarkeit daraufzulegen; unwiderruflich wird diese Zusage spätestens mit Ertheilung des obrigkeitlichen Erkenntnisses; das Rechtsgeschäft ist hiemit zu seinem Abschlusse gelangt; das Weitere nur noch Sache seines Vollzuges.

Der Ausspruch des Obertribunals, daß es

> „dem Prozeßrichter nicht zustehen kann, zu entscheiden, ob das Gericht, das über das Anbedingen, den Vorbehalt der Reallast oder der Realdienstbarkeit erkannt hat, mit Recht den Vertrag bestätigt habe oder nicht, und im letzteren Falle, daß diese Reallast oder Dienstbarkeit mit dem bestätigten Inhalt nicht zu Recht bestehe" [25]),

wäre, wenn nach seinem Wortlaute aufgefaßt, wohl zu beanstanden. Denn der dafür angeführte Grund, daß mit dem Erkenntnisse das Geding in Kraft trete und dann „nach der Vorschrift des Landrechts gehalten werden" soll, kann gegen den allgemeinen Grundsatz nicht aufkommen, daß jeder ob auch fest abgeschlossene Vertrag wegen

---

24) Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. XVII. S. 200.
25) Württ. Archiv Bd. X. S. 432.

weſentlichen Irrthums oder wegen Nichteintritts einer aus dem Vertrag erkennbaren Vorausſetzung hinfällig wird; und es wäre ſchlechterdings nicht abzuſehen, warum von der nirgend für ſakroſankt erklärten obrigkeitlichen Beſtätigung eines Vertrages etwas andres gelten ſoll, als von dieſem ſelbſt. Wenn es ſich alſo z. B. herausſtellt, daß der Käufer, welcher die Servitutbeſtellung zuſicherte, minderjährig oder entmündigt war, oder wenn entgegen dem Geſetze vom 26. März 1873 Art. 13 über den Vorbehalt eines Weiderechtes erkannt wurde, ſo kann doch gewiß kein Zweifel obwalten, daß die Obrigkeit ohne Recht den Vertrag beſtätigt hat, daß die Nichtexiſtenz der Dienſtbarkeit zum Gegenſtand einer Civilklage gemacht und mittelbar auch das obrigkeitliche Erkenntniß angefochten werden kann. Beiläufig bemerkt, ſteht die landrechtliche Vorſchrift, daß ein abgeſchloſſenes Geding gehalten werden ſoll, überhaupt nicht im § „Gleichergeſtallt" von Thl. II. Tit. 9., ſondern erſt im § „doch wann", der von perſönlichen Dienſtbarkeiten handelt.

Es läßt ſich daher annehmen, daß das Obertribunal hier ſolche Fälle gemeint hat, wo alle materiellen Erforderniſſe für die Errichtung einer Realdienſtbarkeit wirklich vorhanden waren und von einer Partei nur ſo viel behauptet wird, die Behörde hätte aus rechtspolizeilichen Gründen das Erkenntniß verſagen ſollen. Daß ein ſolches Erkenntniß, wenn bereits vollzogen, doch im außergerichtlichen Wege nicht aufgehoben werden kann und zwar wegen ſeines Zuſammenhangs mit der jetzt geſchehenen Begründung von Rechten und Rechtswirkungen für den neuen Erwerber, beziehungsweiſe für Dritte, hat das Obertribunal mit Recht angenommen [26]), während andrerſeits die außergerichtliche Beſchwerde über Verweigerung des obrigkeitlichen Erkenntniſſes zweifellos zuläſſig iſt [27]).

---

26) Zeitſchrift für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. XXII. S. 142.

27) Württ. Gerichtsblatt Bd. XVI. S. 392. vgl. auch Bd. X. S. 122. Bd. XI. S. 79.

III. Der Thatbestand des Civilurtheils *).

Von Herrn Reichsgerichtsrath von **Streich** in Leipzig.

§ 1.

Mit der neuen Civilprozeßordnung ist an die deutschen Gerichte die Aufgabe herangetreten, jedes Civilurtheil mit einem Thatbestand, einer gedrängten Darstellung des Sach- und Streitverhältnisses, zu versehen.

Das gemeine deutsche Prozeßrecht, und ebenso die preußischen Verordnungen über das Verfahren in Civilprozessen vom 21. Juli 1849 (für Greifswald und Ehrenbreitstein), sowie vom 24. Juni 1867 (für die neuerworbenen Landestheile mit Ausnahme von Hannover) kannten diese Aufgabe nicht; sie verlangten von dem Civilurtheil nur den Tenor und die Gründe der Entscheidung. Zwar war es gebräuchlich, den Entscheidungsgründen einige thatsächliche Notizen voranzustellen, auch empfahl es sich, wichtigere Anerkenntnisse ausdrücklich hervorzuheben oder sachliche Behauptungen, über deren Inhalt und Umfang Streit entstanden war, in den Gründen richtig zu stellen. Aber eine bestimmte Regel, was und wieviel als species facti in das Urtheil aufzunehmen sei, bestand nicht. Der Richter konnte ebensowohl nur die aus dem Aktenmaterial gezogenen Konklusionen geben, als es ihm unverwehrt war, den Sachverhalt in größerer oder geringerer Ausdehnung seinen Entscheidungsgründen einzuverleiben.

Eine Regel in der gedachten Richtung hatte das rheinisch-französische Verfahren aufgestellt. Darnach mußte in allen Fällen des Anwaltsprozesses der Ausfertigung des Urtheils ein

*) Note der Red. Die folgende Abhandlung ist schon früher in Gruchots Beiträgen Jahrg. 25 (N. F. Jahrg. 3) S. 257 ff. veröffentlicht. Von dem Herrn Verfasser ist dieselbe der Redaktion im Hinblick darauf, daß die Beiträge von Gruchot in Württemberg wenig zugänglich sind, mit Zustimmung der Redaktion und des Verlegers der Zeitschrift in dankenswerther Weise zur Veröffentlichung auch in dem Württemb. Archiv überlassen worden.

Sachverhalt (die sog. Qualitäten) beigegeben, derselbe sollte aber nicht von dem Gericht, sondern von den Anwälten abgefaßt werden. Der die Qualitäten aufstellende Schriftsatz war von der obsiegenden Partei zu fertigen und auf der Gerichtsschreiberei zu hinterlegen und hatte außer der Bezeichnung der Parteien eine gedrängte Darstellung der dem Rechtsstreit zu Grunde liegenden Sachverhältnisse sowie den Wortlaut der Gesuche zu enthalten. Diese Darstellung wurde in die Urtheilsausfertigung zwischen dem Tenor und den Gründen der Entscheidung aufgenommen und konnte seitens des Gerichts nur dann korrigirt werden, wenn die Gegenpartei deren Abänderung beantragt hatte. Welche prinzipiellen Bedenken einer Einrichtung entgegenstehen, die einen wesentlichen Theil des richterlichen Urtheils den Parteianwälten zur Abfassung überläßt, liegt auf der Hand und nicht minder leuchtet ein, welche praktischen Inkonvenienzen sich ergeben müssen, wenn das von den Anwälten festgestellte Faktum zu den Ausführungen des Gerichts gar nicht paßt oder mit den im Urtheil selbst erwähnten Thatsachen im Widerspruche sich befindet [1]).

Mit gutem Grunde hat deshalb die bürgerliche Prozeßordnung von Hannover das rheinisch-französische Institut der sog. Qualitäten abgelehnt und die Fertigung des Thatbestandes in die Hände des Gerichts gelegt. Auch der Entwurf der hannover'schen Konferenz ist diesen Weg gegangen, desgleichen die württembergische Civilprozeßordnung; und wenn trotzdem die bayerische Civilprozeßordnung jene Einrichtung des rheinischen Prozesses wieder aufgenommen hat, so war dies nur eine vereinzelte auf den Einfluß pfälzischer Juristen zurückzuführende Erscheinung [2]). Die deutsche Civilprozeßordnung ist diesem Beispiel nicht gefolgt, hat vielmehr den zuvor bezeichneten Weg eingeschlagen und demzufolge in § 284 Nr. 3 die Anordnung getroffen, daß das Urtheil eine vom Gericht aus-

1) Schlink, Kommentar über die französische Civilprozeßordnung Bd. I. S. 530.

2) Barth, Kommentar der neuen Civilprozeßordnung für das Königreich Bayern Bd. I. S. 93.

gehende „gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge" zu enthalten habe.

Die Aufgabe, welche damit den deutschen Gerichten erwächst, ist weder eine leichte noch eine angenehme. In Württemberg, wo eine mit dem § 284 Nr. 3 der C.P.O. völlig konforme Anordnung seit einem Jahrzehnt bestanden hatte, ist es zu einer Erfahrungsthatsache geworden, daß die Fertigung eines sach- und zweckentsprechenden Thatbestandes in manchen Fällen schwieriger und in vielen Fällen mühseliger und zeitraubender ist, als die Abfassung der Entscheidungsgründe. Die Wahrnehmungen des Reichsgerichts bestätigen vollkommen die Erfahrung, die man in Württemberg bezüglich der Schwierigkeit gut abgefaßter Thatbestände gemacht hat.

Nur zu häufig ist der faktische Theil der Urtheile in neuen Prozeßsachen, die bis jetzt an die Revisionsinstanz gelangten, nach der einen oder anderen Richtung nicht genügend gewesen. Das eine Mal war die Scheidung zwischen dem faktischen und rechtlichen Theile des Urtheils nicht eingehalten und in die Entscheidungsgründe verwiesen, was in den Thatbestand gehört hätte und umgekehrt. Ein anderes Mal war die Darstellung des Sach- und Streitstandes so kurz und „gedrängt", daß darüber die erforderliche Vollständigkeit und selbst die Verständlichkeit verloren ging. Nicht selten hat der Thatbestand der zweiten Instanz in einer ungenauen oder auch verkehrten Weise auf den erstinstanzlichen Thatbestand verwiesen und außerdem wurde von der im Gesetz nur ausnahmsweise zugelassenen Bezugnahme auf die Schriftsätze manchmal ein Gebrauch gemacht, der dem Sinn und Geist der Prozeßordnung völlig widersprach.

Ein sprechender Beleg für diese Mängel ist der Umstand, daß der III. Civilsenat des Reichsgerichts (welchem Einsender angehört), während er wegen anderweitiger prozessualischer Verstöße noch kein Urtheil aufzuheben hatte, schon zweimal wegen Mangelhaftigkeit des Thatbestandes kassirt hat und in einem Dutzend anderer Fälle wenigstens nahe daran war, ein Gleiches zu thun.

Unter solchen Umständen wird es keiner Rechtfertigung be-

dürfen, wenn mit gegenwärtiger Arbeit der Versuch gemacht wird, auf eine sachgemäßere Behandlung des Thatbestandes, eines im Systeme der Civilprozeßordnung hochwichtigen Gegenstandes, hinzuwirken. Einsender wird dabei bestrebt sein, sowohl seine Wahrnehmungen am Reichsgericht als seine Erfahrungen in einer zehnjährigen württembergischen Praxis zu verwerthen.

§ 2.

Der Zweck und die prozessuale Bedeutung des Thatbestandes sind unschwer zu bestimmen. Wenn die Schriftsätze im neuen Verfahren nur in Betracht kommen sollen, soweit ihr Inhalt mündlich wiederholt wird, und wenn das Sitzungsprotokoll, um den Fortgang der Verhandlung nicht zu stören, bloß für gewisse Feststellungen ausersehen ist, so mußte eine andere Form für die Fixirung des flüchtig verhallenden mündlichen Wortes gefunden werden; diese Form ist der Thatbestand des Urtheils. Bedeutung hat der Thatbestand theils für die laufende Instanz, welche durch das Urtheil abgeschlossen wird, theils für die höheren Instanzen, wenn Rechtsmittel ergriffen sind. theils endlich nach erledigtem Rechtsstreit, wenn der Umfang der Rechtskraft des Urtheils in Frage steht.

In erfterer Richtung bildet der Thatbestand das thatsächliche Korrelat für die rechtliche Entscheidung; er stellt sich als die Grundlage oder auch als die Prämisse dar, aus welcher die rechtlichen Konklusionen des Urtheils gezogen sind. Thatbestand und Entscheidungsgründe bedingen sich gegenseitig und müssen konform sein; es ist immer als eine Lücke zu bezeichnen, wenn die Gründe nicht in allen Theilen ihr faktisches Substrat im Thatbestande finden.

Im Berufungsverfahren bildet der Thatbestand des ersten Urtheils den Ausgangspunkt der weiteren Verhandlungen, zugleich ein Zeugniß darüber, was in erster Instanz verhandelt, welche Klagegründe vorgebracht, welche Einreden erhoben worden und schließlich, falls in zweiter Instanz nichts Neues vorgetragen wurde, das thatsächliche Material für die Nachprüfung des höheren Richters.

Eine besonders wichtige Bedeutung gewinnt der Thatbestand

des Berufungsurtheils für die Revisionsinstanz. Nach § 524 der C.P.O. sind für die Entscheidung des Revisionsgerichts die im angefochtenen (Berufungs-) Urtheil gerichtlich festgestellten Thatsachen maßgebend; außer denselben können nur die im § 516 Nr. 2 und 3 erwähnten Thatsachen berücksichtigt werden. Daraus folgt, — wenn von den zuletzt genannten Ausnahmsfällen abgesehen wird — daß grundsätzlich alles neue Vorbringen von der Revisionsinstanz ausgeschlossen ist. Die in dem Berufungsurtheil enthaltene Feststellung ist unbedingt, in positiver wie in negativer Richtung, für den Revisionsrichter maßgebend. Der letztere hat nur dasjenige Sachverhältniß, welches festgestellt worden und nur so zu beachten, wie es festgestellt wurde. Ergibt sich von diesem thatsächlichen Standpunkte aus eine Gesetzesverletzung, so ist die Aufhebung des angefochtenen Urtheils gerechtfertigt, aber letztere kann niemals durch eine Aenderung am Thatbestand der zweiten Instanz erreicht werden. Jeder Versuch, diesen Thatbestand in der mündlichen Verhandlung der Revisionsinstanz zu beschränken, positiv zu ändern oder durch Einführung neuer Thatsachen, auch wenn sie unbestritten wären, zu modifiziren [3]), ist vom Revisionsrichter zurückzuweisen. Zwar kann der Revisionsrichter unter Umständen selbst zu einer thatsächlichen Feststellung in Absicht auf das Sachverhältniß in der Berufungsinstanz sich veranlaßt sehen [4]). Dies alsdann, wenn der Thatbestand des angefochtenen Urtheils seinem Sinn nach in Zweifel gezogen wird. Aber indem der Revisionsrichter in solchem Falle diesen Thatbestand erläutert oder ergänzt, stellt er nur fest, was als wirklicher Inhalt der berufungsrichterlichen Feststellung zu gelten habe. Damit ist die gesetzliche Regel nicht geändert, daß bloß die im Berufungsurtheil festgestellten Thatsachen für den Revisionsrichter maßgebend sein dürfen. Die Anwendung dieser Regel aber bringt, wie weiter unten gezeigt werden wird, nothwendig mit sich, daß ein den gesetzlichen An-

3) Die Motive drücken diesen Grundsatz mit den Worten aus: „Alle neuen die Sache selbst betreffenden thatsächlichen Anführungen sind ausgeschlossen."

4) Veranlassungen dieser Art traten bis jetzt häufiger ein, als wünschenswerth war.

forderungen im Wesentlichen entsprechender Thatbestand im Berufungsurtheil für die Judikatur des Reichsgerichts unentbehrlich ist.

§ 3

Indem das Gesetz im Thatbestand eine Darstellung des Sach- und Streitstandes fordert, hat es selbstverständlich nicht die möglichst wörtliche Wiedergabe des mündlich Verhandelten verlangen wollen. Eine ängstlich genaue, protokollmäßige oder gar stenographische Aufzeichnung der mündlichen Vorträge würde der Absicht des Gesetzes durchaus widersprechen. Der vom Gesetz geforderte Thatbestand soll eine „Darstellung" sein, also ein Bild von dem Sach- und Streitstande entwerfen, diese Darstellung aber soll eine „gedrängte" sein.

Eine solche Darstellung kann erreicht werden, wenn zunächst das Streitmaterial gesichtet, das Wesentliche von dem Unwesentlichen geschieden, das auch im Sinne der Partei Unwesentliche, bloße Wiederholungen Enthaltende fortgelassen, das Unbestrittene herausgehoben wird und wenn nun der auf solche Weise gewonnene Stoff in abgerundeter Form mit präzisen Worten, nicht in der Reihenfolge der Vorträge, sondern in einer der konkreten Sache entsprechenden logischen Ordnung wiedergegeben wird.

Die Darstellung des Thatbestandes soll eine objektive und zugleich vollständige sein, sie soll namentlich auch die für die richterliche Entscheidung nicht erheblichen Vorbringen berühren und sowohl die Parteibehauptungen selbst als die dafür benannten Beweismittel umfassen. Dieses Erforderniß der Objektivität und der Vollständigkeit schließt indessen das soeben als nothwendig bezeichnete Sichten und Zusammenfassen des Streitmaterials nicht im geringsten aus. Indem der Richter den Thatbestand entwirft, übt er nicht wie bei Protokollaufnahmen eine rein rezeptivische Thätigkeit aus. Seine Stellung ist eine freiere; er hat den wahren und wesentlichen Sinn des Parteivorbringens festzustellen; zu diesem Zwecke aber muß er eine sorgfältige kritische Prüfung des vor ihm Verhandelten eintreten lassen und darf nur dasjenige in gedrängter Weise schriftlich fixiren, was sich als Resultat dieser Prüfung ergeben hat.

Der Thatbestand muß eine Darstellung des Sach- und Streitstandes geben. Dies schließt in sich, daß auch die in Klage und Vertheidigung geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkte berührt werden. Kein Klagegrund und keine Einrede, kein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel darf also übergangen werden; aber es genügt, wenn deren thatsächliche Substanziirung im Wesentlichen aufgeführt, die daran geknüpfte rechtliche Argumentation aber nur angedeutet wird. Wo darüber hinaus förmliche Rechtsdeduktionen mit aufgenommen werden, ist die Aufgabe des Thatbestandes überschritten. Die rechtlichen Ausführungen gehören der mündlichen Verhandlung an, die Antwort darauf erhält die Partei in den Entscheidungsgründen des Urtheils. Ebenso wie von den Schriftsätzen sind solche Ausführungen auch von dem richterlichen Thatbestande fernzuhalten. Die ganze Deduktion zu geben, ist, weil zu weitführend, in vielen Fällen nicht möglich, man beschränkt sich also erfahrungsgemäß auf einige magere allgemeine Sätze, mit denen wenig geleistet ist und in welchen die Partei ein sehr unvollkommenes Bild dessen erkennt, was sie in Wirklichkeit vorgetragen hat. Die richtige Behandlung ist dies nicht; richtiger und zweckmäßiger wird es sein, wenn der Thatbestand eines Civilurtheils zwar bestrebt ist, den Rechtsstandpunkt der Partei und ihrer einzelnen Behauptungen zu kennzeichnen, beziehungsweise verständlich zu machen, nicht aber auch solchen durch Aufnahme von Rechtsausführungen des Näheren zu motiviren.

Ein Thatbestand ist fehlerhaft, ebensowohl wenn er oberflächlich als wenn er weitläuftig wird; er soll ein kurzes übersichtliches, aber nichtsdestoweniger getreues und vollständiges Bild des Streitfalles geben. In gewissem Maße birgt diese Vorschrift zwei Gegensätze, deren Vereinigung in jedem einzelnen Falle von Neuem gesucht werden muß. Es erfordert immer Nachdenken, juristischen Takt und kritische Prüfung, diese Vereinigung in sachgemäßer Form zu finden, eine allgemein gültige Regel dafür läßt sich nicht aufstellen. Ist die richtige Form gewählt und wird sie namentlich schon in der ersten Instanz gefunden, so ist der damit gewonnene Thatbestand von hohem

Werthe. Er bildet die sichere Grundlage für den Fortgang des Prozesses, schneidet die immer mißlichen und oftmals peinlichen Berichtigungsanträge ab und verwirklicht damit, daß er den schriftlich fixirten Stoff — im Gegensatz zu den Schriftsätzen des alten Prozeßrechts — auf ein geringes Maß beschränkt und in einem leicht faßlichen Bilde giebt, einen nicht zu unterschätzenden Vorzug des Mündlichkeitsprinzips.

§ 4.

Der Thatbestand ist von den Entscheidungsgründen äußerlich zu trennen. Eine solche Trennung und gesonderte Darstellung des Thatbestandes ist zwar von der Civilprozeßordnung nicht ausdrücklich vorgeschrieben, aber sie wird in den Bestimmungen der §§ 285 und 505 der C.P.O. stillschweigend supplirt und ist eine thatsächliche Voraussetzung für das in § 291 normirte Berichtigungsverfahren.

Sie erscheint außerdem aus praktischen Gründen empfehlenswerth sowohl für das erkennende Gericht, als für die Parteien und für die Nachprüfung der höheren Instanz. Der urtheilende Richter wird immer gründlicher zu Werk gehen und sich klarer und vollständiger über die Streitverhältnisse Rechenschaft geben, wenn er genöthigt ist, den Thatbestand abgesondert für sich darzustellen. Andererseits ist den Parteien nur dann eine sichere Grundlage für etwaige Berichtigungsanträge gegeben, wenn sie den Thatbestand als einen äußerlich erkennbaren Theil des Urtheils vollständig vor sich haben. Vor Allem aber wird für den Berufungs- und Revisionsrichter im konkreten Falle der Zweifel beseitigt, ob er gewisse Sätze als Parteibehauptungen oder als Konklusionen des angefochtenen Urtheils aufzufassen habe. Für die Beantwortung dieser Frage ist der Ort, wo die betreffende Aeußerung steht, nicht unbedingt entscheidend, sondern deren Inhalt [5]). Aber wenn der Inhalt der Aeußerung selbst nicht unzweifelhaft ist, so muß der Ort, wo sie sich findet, von Bedeutung werden und es kann in dieser Erwägung dahin

5) Zu vergleichen das weiter unten folgende reichsgerichtliche Erkenntniß vom 3. Mai 1880.

kommen, daß ein Satz, weil er unter den Entscheidungsgründen aufgeführt ist, als rechtliche Folgerung erklärt wird, welcher, wenn er inmitten des Thatbestandes sich vorfände, als thatsächliche Feststellung betrachtet worden wäre. Solchen Eventualitäten ist vorgebeugt, wenn die Trennung zwischen dem faktischen und rechtlichen Theile des Urtheils systematisch durchgeführt und zugleich auch äußerlich erkennbar gemacht wird.

Aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist hierzu Folgendes zu bemerken:

In einer Revisionssache behauptete der Revisionskläger, daß eine in den Entscheidungsgründen des Berufungsgerichtes enthaltene Darstellung demjenigen zuwiderlaufe, was der zweite Richter selbst als Thatbestand aufgestellt habe, und stützte darauf einen Angriff wegen Verletzung von Rechtsnormen. Das Reichsgericht I. Civilsenat entschied hierüber durch Erkenntniß vom 3. Mai 1880 folgendermaßen:

„Dieser Angriff würde nur dann begründet sein, wenn es richtig wäre, daß der Thatbestand lediglich im ersten Theil der zur Begründung des Tenors des Urtheils gegebenen Darstellung enthalten sein dürfte, und der zweite Theil sich auf Rechtsausführungen zu beschränken hätte. Allein eine derartige Bestimmung ist im Gesetz nicht enthalten. Zwar werden in § 284 der C.P.O. die einzelnen Bestandtheile des Urtheils unter einzelnen Nummern aufgeführt, allein daraus folgt nicht, daß diese Bestandtheile auch nothwendig von einander örtlich völlig geschieden gehalten werden müßten. Nur für die Urtheilsformel ist diese „äußerliche Sonderung" vorgeschrieben. Gerade aus dieser ausdrücklichen Hervorhebung ist ein argumentum a contrario betreffs der anderen Bestandtheile des Urtheils zulässig.

Hiernach kann es, wenngleich es im Interesse der Uebersichtlichkeit äußerst wünschenswerth erscheint, daß die thatsächlichen Feststellungen von den rechtlichen Erörterungen möglichst gesondert gehalten werden, doch nicht als ein rechtlicher Verstoß angesehen werden, wenn im einzelnen Fall von diesem Verfahren abgewichen wird.

Zwar kann davon ausgegangen werden, daß der Richter namentlich dann, wenn er (zweckmäßiger Weise) seine Ausführ-

ungen unter besondere Rubriken (Thatbestand und Entscheidungsgründe) gebracht hat, an erster Stelle alles den Thatbestand Betreffende hat zusammenstellen und an zweiter Stelle nur rechtliche Erörterungen hat folgen lassen wollen. Allein, wenn auch in Zweifelsfällen auf die Anordnung der einzelnen Sätze Gewicht zu legen ist, so ist dieselbe doch nicht unbedingt maßgebend. Entscheidend dafür, ob eine Aeußerung als thatsächliche Feststellung oder als rechtliche Erörterung aufzufassen, ist der Inhalt derselben. Ebensowenig wie der Revisionsrichter durch eine rechtliche Deduktion des Vorderrichters deswegen gebunden sein würde, weil dieselbe sich unter der Rubrik Thatbestand vorfindet, kann einer thatsächlichen Feststellung darum die Anerkennung versagt werden, weil dieselbe unter den rechtlichen Ausführungen ihren Platz gefunden hat.

Im vorliegenden Fall wird nun an der fraglichen Stelle nicht etwa nur auf dasjenige, was im ersten Theil der „Gründe" thatsächlich festgestellt sei, Bezug genommen und daraus eine rechtliche Folgerung gezogen, sondern es wird ein neues, thatsächliches Moment, nämlich der „ganze Zusammenhang der Auslassung" des Beklagten hervorgehoben. Dieses Moment wird dahin verwerthet, es ergebe sich daraus, daß die Beweisantretung auf einen Theil des Vorbringens zu beschränken sei. In diesem Vorbringen eines neuen thatsächlichen Moments kann nur eine Ergänzung des vorher unvollständig mitgetheilten Thatbestandes gefunden werden. Die Darlegung des Sinnes dieser Ergänzung ist aber eine der Nachprüfung des Revisionsrichters sich entziehende lediglich thatsächliche Feststellung.

In einer anderen Revisionssache sprach sich das Reichsgericht III. Civilsenat durch Urtheil vom 23. November 1880 in folgender Weise aus:

„Es ist zwar nicht richtig, was Revisionskläger behauptet, daß das angefochtene Urtheil gar keinen Thatbestand enthalte. Dasselbe hebt die in der Berufungsinstanz gestellten Parteianträge hervor und nimmt Bezug auf den ganzen Inhalt des ersten Urtheils, also auch auf den in diesem enthaltenen Thatbestand, und in solcher Bezugnahme muß man die Feststellnng finden, daß die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgerichte ein

mit jenem Thatbestand übereinstimmendes Ergebniß geliefert habe. Unwesentlich ist auch, daß dieser Thatbestand des angefochtenen Urtheils — und ebenso auch der Thatbestand des ersten Erkenntnisses — nicht, wie es allerdings angemessen gewesen wäre und insbesondere im Interesse der Parteien, um ihnen für etwaige Anträge auf Berichtigung oder Vervollständigung des Thatbestandes (§§ 290, 291) eine deutlich abgegrenzte Grundlage zu geben, geboten erscheint, von den Gründen äußerlich gesondert worden ist. Ferner wird entscheidendes Gewicht nicht darauf gelegt werden können, daß der Thatbestand des ersten Urtheils, welchen die Vorinstanz sich somit angeeignet hat, in äußerst dürftiger Weise abgefaßt ist, sogar nicht einmal den Inhalt der Parteianträge deutlich und vollständig angibt. Eine wesentliche Verletzung des § 284 No. 4 liegt aber darin, daß die Vorinstanz in ihren Gründen eine Reihe von Thatumständen, welche in dem angezogenen erstinstanzlichen Thatbestand nicht erwähnt sind, in Betracht gezogen hat, ohne daß sie feststellt, was hierüber vor ihr verhandelt worden ist. So ist ohne irgend eine Feststellung des Verhandelten die Rede von der Behauptung des Klägers, daß er Korn von der Beklagten gekauft und erhalten habe, ferner von einem über den Preis des Korns ausgestellten Wechsel, endlich davon, daß das Geschäft vom 4. Oktober 1879 durch A. abgeschlossen sei, und von einem Streite darüber, ob dieser damals schon Mitinhaber der beklagten Firma gewesen sei. Während also einerseits aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urtheils sich ergibt, daß die Verhandlung in der Berufungsinstanz sich keineswegs bloß auf das nach dem Thatbestand der ersten Instanz dort Vorgetragene beschränkt hat, ist andererseits die in der Berufungsinstanz über neue Thatsachen stattgehabte mündliche Verhandlung nicht festgestellt worden. Da es hiernach an der für die Entscheidung der Revisionsinstanz erforderlichen thatsächlichen Grundlage mangelt, erscheint die Aufhebung des angefochtenen Urtheils begründet".

§ 5.

Der § 284 Ziff. 3 verlangt von dem Thatbestande eine „gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes." Daß

hierunter die thatsächlichen Parteien-Behauptungen, bestrittene und unbestrittene, begriffen sind, ergiebt sich von selbst. Aber auch die Ergebnisse der Beweisaufnahme gehören hieher, denn auch sie fallen im weiteren Sinn unter den Sach- und Streitstand, wie er sich am Ende des Verfahrens in der Instanz herausgestellt hat. Wie die Beweismittel, deren sich eine Partei bediente, zugleich mit ihrem Vorbringen zu erwähnen sind, so muß auch das Ergebniß des Beweismittels, falls eine Beweisaufnahme stattgefunden hat, in den Thatbestand mit aufgenommen werden. Urkunden, Augenschein, Sachverständigen- und Zeugenbeweis stehen in dieser Beziehung unter der nämlichen Regel.

Dies ist jedoch nicht so zu verstehen, als ob immer der volle wörtliche Inhalt des betreffenden Beweisergebnisses aufgenommen werden müßte. Auch auf diesen Theil des Thatbestandes trifft die Vorschrift des § 284 Nr. 3 zu, daß die Darstellung eine „gedrängte" sein solle.

Bei Urkunden wird meist die Aufnahme derjenigen Punkte genügen, auf welche die Parteien selbst das hauptsächliche Gewicht legen; bei den anderen Beweisarten ist auf einen alles Wesentliche zusammenfassenden Auszug Bedacht zu nehmen. Wo dieser nicht angänglich ist, entweder weil er zu umfangreich würde oder weil es vollständig auf die Worte ankommt, kann auf die Beweisaufnahme-Protokolle selbst verwiesen werden. Die formelle Berechtigung zu diesem Verfahren gewährt die Prozeßordnung dadurch, daß sie in § 284 letzt. Abs. eine Bezugnahme auf die zum Sitzungsprotokoll erfolgten Feststellungen gestattet und in § 146 Nr. 3 und 4 unter letzteren auch den Augenschein, die Zeugen- und Sachverständigen-Aussagen aufführt.

Uebrigens darf nicht außer Acht gelassen werden, daß nur das Ergebniß der Beweisführung, nicht auch die Würdigung dieses Ergebnisses in den Thatbestand gehört. Die Beurtheilung des Thatsächlichen, insbesondere die Erörterung der Frage, daß und warum eine Frage als bewiesen oder nicht bewiesen angesehen worden sei, kann sachgemäß nicht mehr in das Gebiet der objektiven Darstellung des Sach- und Streitstandes fallen, welche dem Richter im Thatbestande zur Pflicht gemacht ist. Die fragliche Erörterung sowie die auf

Grund derselben ergehende Feststellung gehört vielmehr in die Entscheidungsgründe, wie der § 259 der C.P.O. auch ausdrücklich anerkennt.

An dieser Stelle soll noch auf einen Umstand aufmerksam gemacht werden, der für revisible Sachen von Bedeutung ist. Der § 524 der C.P.O. schreibt vor, daß für die Entscheidung des Revisionsgerichts die in dem angefochtenen Urtheile gerichtlich festgestellten Thatsachen maßgebend sein sollen. Da der Zweck dieser Vorschrift ist, auch die thatsächliche Würdigung von der Aufgabe des Reichsgerichts auszuschließen, so folgt, daß unter den in jenem Paragraphen gemeinten „festgestellten Thatsachen" nicht bloß das dem Thatbestande einzuverleibende Vorbringen der Parteien und nicht bloß die Ergebnisse ihrer Beweisführung, sondern auch die den Entscheidungsgründen vorbehaltene Würdigung und Feststellung der letzteren begriffen werden wollte. Für die Entscheidung des Revisionsgerichts ist es daher Angesichts des § 524 der C.P.O. von größter Wichtigkeit, ebensowohl daß der Thatbestand des Berufungsgerichts klar und vollständig ist, als daß dessen Entscheidungsgründe keinem Zweifel Raum geben, ob und was bezüglich der Beweisfragen festgestellt werden sollte.

§ 6.

Wie im ganzen übrigen Inhalt, so stimmt auch betreffend die Bezugnahme des Thatbestandes auf die vorbereitenden Schriftsätze der § 284 der deutschen C.P.O. mit dem Art. 370 der württembergischen C.P.O. überein. Darnach dürfte eine Mittheilung darüber, wie sich die württembergische Praxis zu dem gedachten Punkte gestaltet hat, auch für die Praxis des neuen Prozeßrechts von Interesse sein.

Unmittelbar nach dem am 1. Februar 1869 bewerkstelligten Uebergang in das mündlich öffentliche Verfahren war bei manchen württembergischen Gerichten die Reminiszenz an das alte schriftliche Prozeßrecht noch sehr mächtig. Dies machte sich auch in der Abfassung der Thatbestände geltend und führte dahin, daß die letzteren nicht selten in einer bloßen Bezugnahme auf den Inhalt der Schriftsätze mit Angabe der in der mündlichen Verhandlung

vorgekommenen Abweichungen bestanden haben [6]). In der Folge wurde diese dem Gesetze nicht entsprechende Behandlung der Thatbestände verlassen; die württembergische Praxis gestattete sich nur noch ausnahmsweise jene abkürzende Bezugnahme und hat für die Regel die Mühe nicht gescheut, welche eine vollständig verarbeitete Darstellung des Sachverhalts mit sich führt. Eine völlig gleichförmige Uebung in dieser Beziehung war zwar nicht wahrzunehmen, sie ist auch nicht wohl möglich, da die Behandlung im einzelnen Falle stets nach dessen Besonderheit sich zu richten hat. Aber im Allgemeinen darf behauptet werden, daß die württembergischen Gerichte in den letzten Jahren von der Befugniß, auf die Schriftsätze zu verweisen, einen sehr mäßigen Gebrauch und gewöhnlich nur alsdann gemacht haben, wenn es sich um die wörtliche Wiedergabe eines in einem Schriftsatze enthaltenen größeren Faktums, z. B. einer Abrechnung, einer Geschichtserzählung, einer umfangreichen Vertragsstipulation handelte oder wenn eventuelle bei der Entscheidung nicht in Betracht kommende Vorbringen, antizipirte Einreden, überflüssige Beweisanerbietungen und dergl. in Frage standen.

In dem größeren deutschen Prozeßgebiete sind für jetzt noch ähnliche Erscheinungen wahrnehmbar, wie in den ersten Jahren nach Einführung der württembergischen Prozeßordnung. Wie oben schon hervorgehoben wurde, ist an den Thatbeständen der an das Reichsgericht gelangenden Revisionssachen unter Anderem nicht selten zu bemängeln, daß von der Bezugnahme auf die Schriftsätze ein der Absicht des Gesetzes nicht entsprechender Gebrauch

6) Darauf bezieht sich eine Aeußerung des Stuttgarter Ober-Tribunals, welche aus Anlaß der im Jahre 1870 vorgenommenen Visitation eines Kreisgerichts-Gerichtshofs in nachstehender Weise erfolgte: In nicht wenigen Fällen war von der im Art. 370 der C.P.O. nachgelassenen Befugniß, auf Schriftsätze zu verweisen, ein derart ausgiebiger Gebrauch gemacht, daß aus dem Aktenstücke des Thatbestandes selbst das Streitverhältniß auch nur in seinen allgemeinen Umrissen nicht zu erkennen war, der Thatbestand vielmehr eine aus sich selbst nicht verständliche Sammlung von Zitaten aus Schriftsätzen und ergänzenden oder widersprechenden Anführungen aus mündlichen Parteivorträgen bildete. Dies entspricht dem Gesetze nicht . . . . . s. Württ. Gerichtsblatt Bd. IV. S. 26.

gemacht wird. Die noch zu erwähnenden reichsgerichtlichen Entscheidungen werden dies des Näheren darthun.

In einzelnen Oberlandesgerichts-Bezirken ist es fast die Regel, daß nach einer kurzen Einleitung der Thatbestand mit der Formel abgeschlossen wird: „die Parteien haben nach Maßgabe der Schriftsätze verhandelt". Diese Behandlungsweise entstammt offenbar einer nicht mehr zeitgemäßen Reminiszenz aus dem schriftlichen Verfahren und ist für den heutigen Prozeß aus prinzipiellen und praktischen Gründen zu verwerfen. Ein Thatbestand der eben erwähnten Art ist aus sich selber nicht verständlich, er enthält keine verarbeitete und darum in sich abgerundete selbständige Darstellung des Streitmaterials, wie sie das Gesetz im Auge hat. Ein solcher Thatbestand, der in der That nicht mehr als ein summarisches Zitat der Schriftsätze ist, verleiht diesen eine ungehörige Bedeutung und läßt sich auch hinsichtlich seiner thatsächlichen Richtigkeit und Genauigkeit anzweifeln, weil er die Gefahr nahe legt, daß durch solche oberflächliche Bezugnahme hin und wieder etwas als mündliches Parteivorbringen erscheint, was zwar in den Schriftsätzen enthalten, in der mündlichen Verhandlung aber nicht oder nur in modifizirter Weise vorgetragen worden ist.

Als Regel sollte sich deßhalb die deutsche Gerichtspraxis zur Richtschnur nehmen, den Sachverhalt selbständig und unabhängig von den Schriftsätzen zur Darstellung zu bringen, auf letztere im Thatbestand nur in Ausnahmefällen zu verweisen, überall aber, wo diese Verweisung beliebt wird, auf eine sorgfältige und scharf abgegrenzte Hervorhebung dessen, was in den Thatbestand hereinbezogen werden will, Bedacht zu nehmen.

Aus der reichsgerichtlichen Judikatur kann zu diesem Abschnitt Folgendes angeführt werden:

In dem Thatbestande eines Berufungsurtheils war gesagt worden: Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes wird auf die Darstellung des Thatbestandes in dem angefochtenen Urtheil, sowie auf die in beiden Instanzen mitgetheilten vorbereitenden Schriftsätze Bezug genommen. Hierauf wurden noch mehrere die Sache betreffenden Erklärungen, welche die Anwälte bei der

mündlichen Verhandlung abgegeben, referirt. Die gegen dieses Urtheil erhobene Revision machte geltend, daß dasselbe, da keine Darstellung des Sach- und Streitstandes gegeben sei, gegen § 284 Ziff. 3 der C.P.O. verstoße. Das Reichsgericht I. Civilsenat wies diesen Revisionsgrund mit Folgendem zurück:

„Die Fassung des § 284 deutet zwar darauf hin, daß der Gesetzgeber davon ausgeht, daß regelmäßig der Richter den Thatbestand selbständig aufzustellen habe und nur möglicher Weise in einzelnen Punkten auf die Schriftsätze und das Protokoll verweisen dürfe. Allein da das Gesetz es dem Ermessen des Richters überläßt, in welcher Ausdehnung er von dieser Befugniß Gebrauch machen dürfe, so kann es nicht als dem Gesetze zuwiderlaufend angesehen werden, daß im einzelnen Falle durch diese Bezugnahme die vom Richter selbst zu verfassende Darstellung des Thatbestandes der Hauptsache nach oder auch ganz ersetzt werde. Nothwendige Voraussetzung der Zulässigkeit eines solchen Verfahrens ist aber freilich immer, daß völlig deutlich erkennbar sei, was der Richter hat feststellen wollen. Eine einfache Bezugnahme auf die Akten wird daher nur in seltenen Fällen genügen [7]).

Zu diesen Fällen gehört aber der vorliegende: die vorbereitenden Schriften sind bestimmt und kurz gehalten und lassen keinen Zweifel und kein Mißverständniß zu. Dasselbe gilt von den Protokollen. Ueber alle wesentlichen Sachen sind die Parteien

7) Eine „einfache Bezugnahme auf die Akten" wird niemals als dem Gesetze entsprechend bezeichnet werden dürfen. Denn die §§ 284 und 505 kennen nur eine Beziehung auf Schriftsätze, Sitzungsprotokoll und Thatbestand der ersten Instanz, nicht aber die generelle Bezugnahme auf die „Akten" als solche. Uebrigens darf wohl angenommen werden, daß das mitgetheilte reichsgerichtliche Urtheil nicht eine so unbestimmte Bezugnahme, wie die Worte vermuthen lassen, in Absicht hatte, sondern vielmehr die in concreto vorgekommene Verweisung auf die Schriftsätze und das Sitzungsprotokoll. Daß der erste Senat des Reichsgerichts eine solche Verweisung im Thatbestande für die Regel nicht billigt, ist in dem Urtheil ebenso klar als energisch ausgesprochen. Aber ein Anderes ist es, ob im einzelnen Falle eine ungehörige Verweisung stattgefunden, oder ob auch ein Revisionsgrund daraus abgeleitet werden kann. Dieser Gesichtspunkt ist bei Beurtheilung des gedachten Erkenntnisses nicht außer Acht zu lassen.

einverstanden. Die Differenz betrifft nur die rechtliche Beurtheilung. Unter diesen Umständen kann das Verfahren des vorigen Richters als ein nicht absolut unzulässiges erachtet werden."

In einer anderen Revisionssache hat sich das Reichsgericht III. Civilsenat durch Urtheil vom 8. Oktober 1880 folgendermaßen geäußert:

„Nach § 284 Absatz 2 der C.P.O. ist bei der Darstellung des Sachverhalts eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen. Allein schon der Wortlaut dieser Bestimmung zeigt, daß eine solche Bezugnahme nur ausnahmsweise stattfinden soll. Wenn hierbei auch im Einzelnen das richterliche Ermessen über die Mittheilung des Sachverhalts im Urtheile zu befinden hat, so darf dieses doch niemals soweit führen, daß der Zusammenhang der thatsächlichen Unterlagen des Rechtsstreits mit der rechtlichen Beurtheilung der Sache verloren geht oder Zweifel darüber entstehen, welche Thatsachen nach Maßgabe der mündlichen Verhandlung der Richter hat feststellen wollen.

Im vorliegenden Falle enthält das angefochtene Urtheil im Thatbestande nur die Berufungsanträge der Parteien und verweist im Uebrigen ausschließlich auf die vorderen schriftlichen Verhandlungen. Diese Verweisung muß als ein wesentlicher Mangel im Sinne des § 501 der C.P.O. angesehen werden. Denn die von den streitenden Theilen bis zur mündlichen Verhandlung zweiter Instanz im alten Verfahren gewechselten Schriftsätze sind von erheblichem Umfange; es sind verschiedene Klagansprüche und Gegenforderungen erhoben, jene durchgängig, diese zum größten Theile bestritten, auch eine Reihe von Einreden geltend gemacht worden; weder das Urtheil erster Instanz noch irgend ein Schriftsatz der Parteien gibt eine zusammenhängende Darstellung des Sachverhalts.

Es kann nicht Aufgabe des Revisionsgerichts sein, bei der Verhandlung der Sache in dritter Instanz an der Stelle des Berufungsgerichts die thatsächlichen Grundlagen für die Prüfung der Rechtsfrage zu ermitteln oder auch nur zu prüfen, ob die

mündlichen Ausführungen der Parteien, soweit solche thatsächlicher Natur sind, den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze wiedergeben. Was aber die in dem angefochtenen Erkenntnisse zu den einzelnen Appellationsbeschwerden besonders hervorgehobenen Berufungsschriften angeht, so beziehen sich diese wiederum, entsprechend dem früheren Prozeßrechte, auf die Akten erster Instanz und sie setzen die Bekanntschaft mit letzteren, sowie die Ergänzung aus solchen durch den Richter nothwendig voraus. Danach fehlt es auch nach dieser Richtung an jedem sicheren Anhaltspunkte zur Entscheidung der Frage, was durch die Verweisung auf die vorbereitenden Schriftsätze als der aus dem mündlichen Vortrage der Parteien sich ergebende Thatbestand hat festgestellt werden sollen.

Es kann daher nicht zweifelhaft erscheinen, daß der hervorgehobene Mangel des Verfahrens *von Amtswegen*, selbst gegen den Willen und die übereinstimmenden Anträge der Parteien, berücksichtigt und das Berufungsurtheil, soweit es angefochten wird und der Mangel die Streitpunkte betrifft, aufgehoben werden muß (§ 527 Absatz 2 der C.P.O.).

Die Revisionskläger haben nun ihre Beschwerde in den ganzen Inhalt des Berufungsurtheils gesetzt und ohne irgend welche Beschränkung dessen Aufhebung beantragt. Dieser Beschwerde entsprechend war die Sache im Ganzen zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an die zweite Instanz zurückzuverweisen, ohne daß es einer weiteren Untersuchung der Frage bedurfte, nach welcher Richtung das angefochtene Urtheil im Gegensatze zu demjenigen erster Instanz ungünstig für die Revisionskläger ausgefallen und somit Veranlassung zur Erhebung der Revision für dieselben gegeben ist."

§ 7.

Die *Verweisung* auf den *Thatbestand* der *ersten Instanz* wird dem *Berufungsrichter* durch § 505 der C.P.O. in gleicher Weise gestattet, wie die Bezugnahme auf die Schriftsätze durch § 284 zugelassen ist. Indessen leuchtet ein, daß jener Verweisung weder dieselben *prinzipiellen* noch die

gleichen praktischen Rücksichten im Wege stehen, welche bei der Bezugnahme auf die Schriftsätze sich geltend machen.

Ist nämlich der Thatbestand des ersten Urtheils sachgemäß und treten in zweiter Instanz neue Behauptungen oder Modifikationen des früheren Vorbringens nicht hinzu, so ist die Verweisung auf jenen Thatbestand für den Berufungsrichter nicht bloß gerechtfertigt, sondern die Ausarbeitung eines selbständigen Thatbestandes wäre in diesem Falle vielmehr eine zwecklose Mühe und unnütze Vermehrung des Aktenmaterials. Auch wenn die Aenderungen, welche die zweite Instanz ergibt, nur unwesentlicher Art sind oder mit kurzen Worten fixirt werden können, wird die gedachte Verweisung — einen brauchbaren Thatbestand erster Instanz vorausgesetzt — keinem Bedenken unterliegen. Ist freilich dieser Thatbestand unvollständig, unlogisch oder ungeordnet, oder ändert sich das Sachverhältniß in tief eingreifenden Punkten, so daß ein wesentlich anderes Bild des Streitstandes sich ergibt, wenn nach dem neuen Vorbringen das alte berichtigt und ergänzt wird, oder endlich leidet überhaupt die Klarheit und Uebersichtlichkeit des Ganzen Noth, falls der Thatbestand des Berufungsurtheils denjenigen der ersten Instanz durch eine bloße Bezugnahme unvermittelt in sich aufnimmt, so muß die Ausarbeitung eines vollständig neuen und selbständigen Thatbestandes für die zweite Instanz geboten erscheinen. Im Zweifel zwischen dem einen oder anderen Falle wird aber stets die Neubearbeitung sowohl dem Wortlaut des Gesetzes (zu vergl. § 505 C.P.O.) als den Prinzipien des mündlichen Verfahrens besser entsprechen.

In der Praxis des neuen deutschen Prozeßrechts sind die vorstehenden Regeln bis jetzt nach verschiedenen Richtungen hin nicht eingehalten worden. Theils hat sich ergeben, daß eine neue selbständige Darstellung des Streitmaterials in zweiter Instanz unterlassen wurde, wo eine solche nach der Beschaffenheit des erstinstanzlichen Thatbestandes oder nach den Neuerungen in der Berufungsinstanz wünschenswerth gewesen wäre, theils auch wurde bei Abfassung des zweitinstanzlichen Thatbestandes nicht mit der nöthigen Umsicht und Sorgfalt im Verhältniß zum Thatbestande der ersten Instanz verfahren. Einige Notizen

aus den Wahrnehmungen des Reichsgerichts werden die letztere Bemerkung erhärten und erläutern.

Enthält das Berufungsurtheil einen Thatbestand, welcher seiner ganzen Anlage und seinem sonstigen Inhalte nach eine in sich abgeschlossene Darstellung des Sachverhalts zu sein scheint, so muß es Zweifel erwecken, wenn nichtsdestoweniger auf den Thatbestand der ersten Instanz Bezug genommen wird. Solche Zweifel entstanden in einer dem Reichsgericht vorgelegenen Sache, wo das Streitverhältniß im Berufungsurtheil anscheinend vollständig dargestellt, gleichwohl aber eine ganz allgemeine Bezugnahme auf den erstinstanzlichen Thatbestand enthalten war. Da im Thatbestand der zweiten Instanz eine der Einreden des Beklagten nicht mehr wiederholt war, machte dessen Anwalt unter Hinweis auf jene generelle Bezugnahme geltend, daß die fragliche Einrede eben damit in den Thatbestand der zweiten Instanz hereinbezogen und hiernach von dem Revisionsrichter zu beachten sei. Das Reichsgericht wies jedoch diese Argumentation zurück, indem es davon ausgieng, daß aus der positiven Darstellung des Vorbringens des Beklagten zu entnehmen, daß die betreffende Einrede in zweiter Instanz aufgegeben worden sei, und daß diese Annahme durch jene unbestimmte, beiläufig bei Erwähnung des Urtheils erster Instanz erfolgte Bezugnahme nicht zu entkräften sei.

In einer anderen Revisionssache hatte sich der Thatbestand des Berufungsurtheils gleichfalls in ganz allgemeiner Weise auf den Thatbestand des ersten Urtheils bezogen und sodann eine eigene Sachdarstellung gegeben, welche der erstinstanzlichen in erheblichen Punkten widersprach. Bei dieser Sachlage entstand die schwierige Frage, wie diese Widersprüche zu vereinigen und was schließlich als der unzweifelhaft gewollte Thatbestand des Berufungsurtheils zu betrachten sei.

Aehnliche theils mehr theils weniger schwer zu lösende Kontroversen sind auch in anderen Revisionssachen aufgetreten und sie werden niemals zu vermeiden sein, wenn der Berufungsrichter unterläßt, sich genaue Rechenschaft darüber zu geben, zu welchem Zwecke und in welchem Umfang er den Thatbestand des ersten Urtheils in Bezug genommen haben will, wenn

seine Bezugnahme nur beiläufig, in unbestimmter Weise, sozusagen in omnem eventum erfolgt, statt daß präzis hervorgehoben wäre, welche Theile des früheren Thatbestandes wiederholt sein sollen, oder ob etwa der gesammte Inhalt desselben im Berufungsurtheil aufrechterhalten werden will. Nur wenn dieses Verhältniß völlig klargestellt ist, wird die mehrgedachte Bezugnahme nicht verwirrend wirken.

§ 8.

Schließlich mögen noch über den Thatbestand des Revisionsurtheils einige Bemerkungen Platz finden.

Auch für die Revisionsurtheile gilt zweifellos der § 284 Nr. 3 der C.P.O., aber in der Anwendung muß dessen Vorschrift sachgemäße Modifikationen erleiden. Für die oberste Instanz steht, wie schon des Oefteren hervorgehoben wurde, das gesammte Sachverhältniß unabänderlich fest, die Parteivorträge können in Betreff desselben nichts ab- oder zuthun, dem dispositiven Civilprozeßrecht ist in diesem Punkte durch § 524 eine Schranke gesetzt [8]). Daraus folgt, daß vor dem Revisionsgerichte der Rechtsstreit nicht mehr so wie in den vorangegangenen Instanzen von Neuem verhandelt wird und daß eine Fixirung der thatsächlichen Grundlagen des Streits gar nicht in Frage kommen kann, eben weil dieses Sachverhältniß, soweit es im

8) Dies wird in den Vorträgen der Rechtsanwälte am Reichsgericht nicht immer gehörig berücksichtigt. Strenge genommen sollte dem Revisionsgericht — abgesehen von der in den Entscheidungsgründen enthaltenen Würdigung des Beweisergebnisses — in thatsächlicher Beziehung nur das, was der Thatbestand der Berufungsinstanz festgestellt und nur so, wie er es festgestellt hat, vorgetragen werden. Nun ist zwar zuzugeben, daß von dieser Regel abgewichen werden muß, wenn der Thatbestand recht mangelhaft ist. Aber auch in diesem Falle darf nicht etwa an dessen Stelle ein von dem Anwalt selbst konstruirtes Streitbild gesetzt werden, sondern es kann sich nur darum handeln, den Sachverhalt durch Mittheilung des Thatbestandes in Verbindung mit den von letzterem in Bezug genommenen Schriftstücken zum Vortrag zu bringen. Nur auf der von dem Berufungsgericht festgestellten und dem Revisionsrichter getreu vorgetragenen faktischen Grundlage können weiterhin die Rechtsdeduktionen der Anwälte aufgebaut werden.

Revisionszuge beachtet werden darf, in den Feststellungen des Berufungsgerichts bereits enthalten ist. Das Revisionsurtheil wird sich deshalb, was die Verhandlungen der Vorinstanzen betrifft, auf eine bloße Bezugnahme auf den Thatbestand des Berufungsurtheils zu beschränken haben und zu einer selbständigen „Darstellung des Sach- und Streitstandes" nur insoweit veranlaßt sein, als es sich um die Anträge in der Revisionsinstanz und deren Begründung handelt.

Anders verhält es sich nur, wenn die Ausnahmefälle des § 516 Nr. 2 und 3 vorliegen. Da in diesen Fällen neue Thatsachen, welche die in der Civilprozeßordnung bezeichneten Mängel ergeben sollen, auch in der Revisionsinstanz noch vorgetragen werden können und solche Thatsachen, wenn erheblich und bewiesen, eine Aenderung des im Berufungsurtheil festgestellten Sachverhaltes bewirken, so wird dementsprechend der Thatbestand des Revisionsurtheils im Speziellen auf diejenigen thatsächlichen Feststellungen einzugehen haben, welche im Revisionsverfahren in Streit gezogen sind.

IV. Die bisherige Auslegung des § 65 Ziff. 1 des Unterstützungswohnsitzes*).

Von Herrn **Dr. Otto Hahn**, Rechtsanwalt in Reutlingen.

I. In Württemberg knüpfte sich bis zum 1. Januar 1873 das Recht und die Pflicht der öffentlichen Unterstützung an das Gemeindebürger- (Heimat-) Recht, welches durch folgende Titel erworben werden konnte:

1) durch freiwillige Aufnahme in einen Gemeindeverband, also einen Akt der Gemeindebürger;
2) durch (zwangsweise) Zutheilung;
3) durch Geburt von einem Bürger;
4) durch Verehelichung.

*) Vergl. Amtsblatt des K. W. Ministeriums des Innern 1880 S. 281. Württembergisches Archiv XXII. S. 9.

II. Am 1. Jannar 1873 trat das Gesetz über den Unterstützungswohnsitz in Kraft.

Derselbe unterscheidet sich von dem bisherigen Heimatrecht sowohl in den Erwerbsgründen, wie in seinem Inhalt.

Es setzt für den Rechtstitel der Unterstützung (wie für die Pflicht) an die Stelle der bisherigen Erwerbsgründe des Heimatrechts

1) den zweijährigen ununterbrochenen freiwilligen Aufenthalt an einem Orte (nach vollendetem 24. Lebensjahre);
2) die Verehelichung;
3) die Abstammung.

Das alte Heimatrecht und das neue Unterstützungsrecht hatten also nur den Erwerbsgrund der Abstammung und Verehelichung gemeinschaftlich. Der bloße Aufenthalt ist ein neuer Rechtstitel.

Verschieden in ihrem Inhalt sind beide Rechte dadurch, daß das Bürgerrecht der unmittelbaren Einwirkung des Einzelnen unterliegt. (Der Berechtigte kann darauf verzichten, wenn er nemlich ein neues erwirbt oder ein zweites besitzt.) Der Unterstützungswohnsitz unterliegt nur der mittelbaren Einwirkung, sofern der Einzelne den Aufenthalt frei wählen kann, welcher den Erwerbsgrund abgibt. Der Unterstützungswohnsitz ist also eine gesetzliche Folge von gewissen Thatsachen und insofern der Privatwillkür hinsichtlich seines ganzen Inhalts entzogen.

Dieses völlig neue Recht der Unterstützung, welches früher blos ein Akzessorium des Bürger- (Heimat-) Rechts war, ist also ein selbständiges von dem Bürgerrecht (und von der Privatdisposition) unabhängiges.

Es unterscheidet sich aber auch noch dadurch vom Heimatrecht, daß der Heimatberechtigte nicht ein abgeleitetes, sondern ein selbständiges Recht auf Unterstützung sofort mit dem Erwerb (sei es durch Abstammung oder aus andern Gründen) bekam, während das Unterstützungswohnsitzgesetz das Recht des Kindes von dem des Vaters abhängig, zu dessen Recht, macht. Das abgeleitete Unterstützungsrecht ist nur ein Theil, ein Akzessorium des Haupt-Rechts des Ehemannes, des Vaters (ausgenommen

im Fall der Landarmut), wird also mit jenem erworben und verloren, was beim Heimatrecht nicht der Fall war; vergl. Art. 13. 14 und Art. 66 des rev. Bürgerrechtsgesetzes. Die Folge ist, daß der Vater das Bürgerrecht verlieren kann, das Kind es behält, daß die Kinder, wenn auch ohne Sporteln, besonders in's Bürgerrecht aufgenommen werden müssen. Umgekehrt kann der Vater auf sein Bürgerrecht verzichten, die Kinder bleiben Bürger. Dies tritt ein im Fall des Art. 66 Ziff. 1 des zit. Gesetzes.

III. Es mußte nun der Anknüpfungspunkt mit dem alten Rechte gefunden werden. Diese aber bot sich (für Württemberg) seiner Natur nach nur im alten Heimat- (Bürger-) Recht und dieses wurde auch durch das Gesetz (§ 65) der Verbindungspunkt.

Die Bestimmung hierüber ist also eine transitorische, dazu bestimmt, das alte Recht mit dem neuen zu verbinden und zu verknüpfen, die Lücke auszufüllen, welche sonst hinsichtlich des Erwerbsgrunds, aber auch nur hinsichtlich dieses Punkts eingetreten wäre. Denn in allen andern Beziehungen trat das Gesetz mit dem 1. Januar 1873 (in Württemberg) in seine volle Wirkung. Es konnte das alte Recht selbst, worunter auch das selbständige Heimatrecht gehört, unter keinen Umständen in das neue hinein fortdauern.

Zu diesem Zweck bestimmte das Gesetz, daß wer am 1. Januar 1873 ein Heimatrecht habe, im nämlichen Augenblick, wo die betreffende Wirkung des Heimatrechts durch das neue Gesetz aufhört, auf Grund des bisherigen Heimatrechts das Unterstützungsrecht in der neuen Gestalt erwirbt. Es wurde also für die Uebergangszeit das alte Heimatrecht nur als weiterer Erwerbstitel für den neuen Unterstützungswohnsitz erklärt. Dieser selbst trat in seiner neuen rechtlichen Gestalt voll in Wirkung, wurde nur in den alten Rechtstitel des Heimatrechts, wo dieser bestand, hineingegossen.

Hieraus ergibt sich nun auch der Kreis, in welchen die transitorische Bestimmung eingriff.

Zu dem ganzen Kreis des Unterstützungs-Wohnsitz-Gesetzes war dadurch für eine gewisse Zeit für den neuen Unterstützungs-

wohnsitz nur ein Erwerbstitel hinzugekommen, der (vorübergehende) Erwerbstitel des bisherigen Bürger- (Heimat-) Rechts. Dies und nur dies war der Gegenstand, welcher zu ordnen war. Und dieser Erwerbstitel mußte als Ersatz für den ersten Erwerbstitel des Gesetzes (Erwerbung durch 2jährigen Aufenthalt) treten, die beiden andern Erwerbstitel: Verehelichung und Abstammung traten sofort in ihrem ganzen gesetzlichen Umfang in Kraft.

Wer auf Grund des alten Heimatrechts am 1. Januar 1873 das Unterstützungsrecht hatte, dessen Ehefrau, dessen Kinder hatten mit ihm das Unterstützungsrecht des neuen Rechts, nicht weil sie Bürger waren, sondern weil sie Ehefrau, Kinder waren. Es mußten also auch am 1. Januar 1873 Kinder, welche an einem andern Orte Bürger waren als ihr Vater, das abgeleitete Unterstützungsrecht erwerben, der Erwerbsgrund des Heimatrechts trat hier gar nicht in Wirksamkeit, er war überflüssig, denn der Erwerbsgrund des Vaters aus dem bisherigen Heimatrecht ergriff auch die Kinder; hinsichtlich des Erwerbsgrunds der Abstammung also trat das Gesetz sofort allgemein in Kraft.

Hinsichtlich des Erwerbsgrunds der Verehelichung konnte sich die Frage nicht aufwerfen, weil die Ehefrau da Bürgerin werden mußte, wo der Mann Bürger war, also in allen Fällen, wo sie nicht etwa das alte Bürgerrecht sich vorbehalten hatte, Bürgerin war, wo der Ehemann.

Das Gesetz wollte sicherlich hier nicht das Unterstützungsrecht ohne Noth zweimal erwerben lassen, es würden in der Uebergangszeit für dieselbe Person mehrere Unterstützungswohnsitze geschaffen worden sein, was das Gesetz für die Zukunft verwirft, und es würde ferner für diese Zeit, was das Gesetz ebenfalls ausschließt, der Unterstützungswohnsitz der Ehegatten und Kinder zerrissen worden sein.

Damit hätte das Uebergangsgesetz, das doch blos eine Lücke ausfüllen wollte, nicht nur eine Lücke ausgefüllt, sondern noch daneben ein ganz abnormes Institut eines selbständigen Unterstützungswohnsitzes unselbständiger Personen geschaffen. Das Gesetz hätte also nicht, was anzunehmen ist, blos für das Noth-

wendige geſorgt, eben für die Lücke bis zum Eintritt des Haupt-Erwerbstitels des Geſetzes (des Aufenthalts), ſondern es hätte den Uebergangszuſtand auf die Dauer von 26 Jahren in ganz abweichender Art verlängert, während er ſonſt blos einige Jahre hätte dauern können.

Ohne dieſe Wirkung nämlich, daß der abgeleitete Unterſtützungswohnſitz ſofort eintrat, hätte keine nachfolgende Aenderung im Unterſtützungsrecht der Eltern auf die am und nach dem 1. Januar 1873 gebornen Kinder einen Einfluß haben können, es hätten alſo alle Kinder einen ſelbſtändigen (was ich unten nachweiſen werde) Unterſtützungswohnſitz auf den Grund des bisherigen Heimatrechts gehabt.

Dazu kommt ein weiterer Grund. Hätte das Geſetz in den genannten zwei wichtigſten Prinzipien (allerdings ohne alle Noth) eine Ausnahme für die Uebergangszeit machen wollen, ſo würde dies wohl geſagt worden ſein. Da dies nicht geſchehen, ſo iſt anzunehmen, es habe mit der tranſitoriſchen Beſtimmung nicht weiter als unumgänglich nothwendig eingreifen wollen.

Nun warum ſollte es auch, wenn der Vater im Ort A., die Kinder im Ort B. Bürger waren, nicht ſofort zum Normalzuſtand des abgeleiteten Unterſtützungswohnſitzes übergehen? warum die Kinder den Unterſtützungswohnſitz ihres Vaters wie es im Geſetz § 18 vom 1. Januar 1873 an ſein ſoll, nicht erwerben laſſen? Warum beſtimmen, daß die ſpäter (am und nach dem 1. Januar 1873) geborenen Kinder allein den Unterſtützungswohnſitz des Vaters getheilt hätten, die vorher geborenen nicht? Hätten dieſe natürlichen Folgen aus dem Geſetz ſelbſt tranſitoriſch ausgeſchloſſen werden wollen, ſo hätten, ich wiederhole es, die Uebergangsbeſtimmungen dies ausdrücklich ſagen, d. h. die Beſtimmungen des § 18. 19 außer Wirkung ſetzen und dies dem § 65 Ziff. 1 beifügen müſſen und nicht blos in einer Beſtimmung wie § 65 Ziff. 1, welche doch ebenſo gut auf das Familienhaupt allein bezogen werden kann und bezogen werden muß, wenn nicht ein ganz unnatürlicher Zuſtand geſchaffen werden ſoll.

Der Erwerb des Rechts war ein augenblicklicher mit dem ersten Moment der Geltung des Gesetzes.

Offenbar wollte das Gesetz mit seiner Uebergangsbestimmung nur die Rechtsverhältnisse des Vaters, des Ehemanns selbst ordnen und nur diese waren zu ordnen, das Uebrige, d. h. die Wirkung für die Ehefrau, für die Kinder ordnete das Gesetz dann sofort, in demselben Augenblick aus seinem nicht transitorischen Theil.

Liegt es doch in der Natur der Uebergangs-Gesetze, daß sie Rechtszustände nur vermitteln, dabei aber auch nur soweit gehen als hiezu nothwendig ist, daß sie nicht ohne Noth dem Gesetz selbst widersprechende Zustände schaffen. Ein solcher wäre geschaffen gewesen, wenn das Heimatrecht als selbständiger Rechtstitel für Ehefrauen und Kinder neben dem abgeleiteten Unterstützungs-Recht eingetreten und fortgewirkt hätte.

Es ist für die transitorischen Gesetze auch anzunehmen, daß sie nicht Ausnahmszustände, welche mit dem alten und neuen Recht im Widerspruch stehen, schaffen wollen. Ein solcher wäre aber der gegentheilig angenommene gewesen.

Endlich ist auch nicht anzunehmen: es habe etwa aus Rücksicht für die neuen Ortsarmenverbände ein solcher Zustand geschaffen werden wollen. Denn die Fälle, wo er eintreten konnte, wären doch nur vereinzelte, so daß der Zuwachs von Unterstützungsberechtigten nicht im Verhältniß gestanden hätte mit der ein Menschenalter dauernden Verwirrung, welche herbeigeführt worden wäre.

IV. Von anderem Gesichtspunkte gieng die bisherige Rechtsprechung unserer Verwaltungsgerichte wenigstens in dem Fall aus, wenn die „Gemeinschaft des Heimatrechts" zwischen Eltern und Kindern, insbesondere der unehelichen Mutter am 1. Januar 1873 nicht mehr bestund, wenn also z. B. eine Veränderung in dem Heimatrechte der Mutter (unehelichen Mutter oder Wittwe) vor dem 1. Januar 1873 eingetreten war. Sie hat ausgesprochen, daß eine solche „Trennung" auf den Unterstützungswohnsitz der Kinder eine Wirkung habe, nicht aber eine Aenderung, welche in der „Gemeinschaft des Heimatrechts erst nachher eintritt: durch eine solche „Trennung des Heimatrechts"

vor dem 1. Januar 1873 sagt sie, sei der Erwerb des abgeleiteten Unterstützungswohnsitzes nach dem Gesetz auf Grund des § 18 ausgeschlossen; an dessen Stelle trete nun der aus § 65 Ziff. 1 abgeleitete Titel des alten Heimatrechts. Der Fall wird am häufigsten vorkommen bei unehelichen Kindern, wenn die Mutter vor dem 1. Januar 1873 an einen auswärtigen Ehemann sich verheiratet hat, ferner bei Stiefkindern, wenn die Wittwe vor dem genannten Zeitpunkt in einem dritten Orte (mit der Heirat) Bürgerin geworden ist.

Die Unterscheidung wird also auf die Unterstellung, den Satz gebaut, es habe eine „Heimatgemeinschaft" zwischen Vater, Mutter und Kind mit rechtlichen Folgen und Wirkungen bestanden, eine Verschiedenheit in dem Heimatrecht des Kindes, je nachdem der Vater sein Heimatrecht behielt (wo das Kind) oder es verzog.

V. Hienach ist, wenn eine Folge daran geknüpft werden will, die Vorfrage:

gibt es nach unserem Württembergischen Bürgerrechtsgesetze eine Heimatrechts-Gemeinschaft oder nicht? Bestund nur ein selbständiges oder auch ein abgeleitetes Heimatrecht, ähnlich wie es jetzt einen abgeleiteten Unterstützungswohnsitz gibt?

Gibt es eine solche Gemeinschaft, ein abgeleitetes Heimatrecht, so mag freilich auch blos mit scheinbarem Rechte von einer Trennung, Auflösung der Gemeinschaft gesprochen werden, obgleich auch hier die Frage übrig bleibt, ob denn wirklich die von der Rechtsprechung daran geknüpfte Folge (der Ausschluß des Eintritts des abgeleiteten Unterstützungswohnsitzes) eintritt, ob also nicht dennoch blos das abgeleitete Unterstützungsrecht auch in der Uebergangs-Periode für die Kinder eintritt. Bestund aber eine solche Gemeinschaft nach dem Württembergischen Bürgerrechtsgesetze nicht, so muß selbstredend auch die auf diesen Rechtssatz gebaute Folge (Unterscheidung) wegfallen.

VI. Eine solche Gemeinschaft bestund nicht.

Das Bürgerrecht kann nicht gemeinsam besessen werden wie ein Eigenthum, es ist ein untheilbares Recht. Jeder, welcher es einmal erworben hat, hat es suo jure und als Ganzes.

Wie das Bürgerrecht durch Aufnahmen nicht ein von dem Bürgerrecht der Aufnehmenden abgeleitetes, nicht ein wegveräußertes Recht derselben, also ein Theil von dem Recht ist, so ist das Bürgerrecht aus der Geburt von einem Bürger (Abstammung) nicht ein vom Vater übertragenes wegveräußertes Recht (er behält sein Recht), oder ein Theil desselben, sondern ein neues im Kinde entstehendes volles Recht. Der junge Weltbürger ist mit dem ersten Schrei, welchen er thut, schon Ortsbürger, allerdings deßhalb, weil er einen Bürger zum Vater hat; aber das bildet für ihn nur den Titel für Erwerb seines Rechts, welches nun bestehen bleibt, auch wenn der Vater nach der Geburt des Kindes stirbt, oder gar vorher schon gestorben ist, oder sonst es verliert, wenn der Vater es nur im Augenblick der Konzeption des Kindes wirklich hatte und wenn nur die legale Konzeption des Kindes (in der Ehe) erwiesen ist [1]).

Dieses Recht hängt also mit dem Augenblick seiner Entstehung schon nicht mehr mit dem Vater oder (bei unehelichen Kindern) mit dem der Mutter zusammen, sondern ist schon in dem Augenblick der Geburt ein perfekt gewordenes" selbstständiges und kann von da an, wenn es perfekt ist, nicht erst perfekt, nicht erst ein selbständiges, nicht noch perfekter werden. Zufällig ist also von da an, daß der Vater Bürger ist (wenn er es nur im Moment der Konzeption war), bedeutungslos ist, wenn der Vater nachher aufhörte, Bürger zu sein.

Aenderungen können nur eintreten:

1) durch Rückwärtsauflösung des Rechts des Vaters, z. B. Erschleichung des Bürgerrechts und Ungiltigkeitserklärung der Aufnahme, ferner durch Wegfall der Abstammung des Kindes von einem Bürger.

2) aber nur uneigentlich, also nur durch das Kind selbst, wenn der Vater als Vertreter des Kindes (also an dessen Statt und nur so lange er diese Vertretungsbefugniß hat), auf das Bürgerrecht desselben verzichtet. Denn der Vater kann nicht auf seine Eigenschaft als Vater verzichten

1) B. G. art. 13.

und ebenso nicht das Kind auf seine Eigenschaft als Kind und so das früher abgeleitete Recht aufheben.

Hienach bestehen beide Rechte des Vaters und des Kindes von Anfang an ganz selbständig neben einander, das Schicksal des Einen hat keinen Einfluß mehr auf das des Andern: nur eine Rückwärtsauflösung ist denkbar mit dem Wegfall der thatsächlich-rechtlichen Eigenschaft des Vaters als Bürger oder des Kindes als Kind, wenn der Vater nicht der Vater war. In allen andern Fällen ändert sich nichts [2]).

Die weiteren Folgen, welche sich an das Bürgerrecht knüpfen, traten ohne Zuthun des Vaters ein, das Wahlrecht ebenso das Aktivbürgerrecht; diese beiden Rechte stehen aber mit dem Heimatrecht in blos äußerer Verbindung, keinenfalls kann eine Handlung des Vaters auf den Eintritt derselben direkt einwirken. Der Bürger ist und bleibt Bürger mit der Geburt von einem Bürger, ohne Rücksicht auf das Bürgerrecht des Vaters.

Daher kann man von einer Gemeinschaft des Heimatrechts und, weil nicht von einer Gemeinschaft, auch nicht von einer Loslösung zu einem selbständigen Rechte (neben dem des Vaters oder der Mutter, unabhängig von dem des Kindes) von einer Trennung reden: dieses (gesonderte) Recht bestand ja von Anfang an als solches, wird nicht erst perfekt (durch den Erwerb des Bürgerrechts Seitens des Vaters oder der Mutter an einem andern Orte), perfekt war es schon mit dem ersten Beschreien der Wände. Es würde ja auch in den civilrechtlichen Verhältnissen zwischen Eltern und Kindern blos durch eine örtliche Trennung gar nichts geändert.

Es wirkt also Alles, was in den heimatrechtlichen Verhältnissen der Eltern geschieht, auf die Heimatverhältnisse der Kinder (überhaupt) nicht mehr. Der Zeitpunkt des 1. Januar

---

2) Dies scheint auch in der Note Band XXII. S. 48 des Württ. Archivs im Prinzip anerkannt zu werden. Dort heißt es: das Württ. Recht kennt keinen Unterschied zwischen selbständigem und abgeleitetem Heimatrecht. Bei dieser Voraussetzung erklärt sich nicht, wie eine Trennung des Heimatrechts rechtliche Folgen haben soll.

1873 im neuen Gesetz hat also auch auf sie nicht die mindeste Wirkung.

VII. Man käme, wenn die Bestimmungen des Württembergischen Heimatrechts zu Grunde gelegt werden, hiemit auf folgende Sätze:

1. jedes Kind hat ein selbständiges Heimat-(Bürger-) Recht und dieses wirkt, so lange es besteht, bewirkt also auch den selbständigen Erwerb des Unterstützungswohnsitzes gemäß § 65 Ziff. 1.

2. dieses bestände daher, ob der Vater oder die Mutter nachher einen andern Unterstützungswohnsitz erworben oder nicht, also auch bei der am 1. Januar 1873 bestandenen „Gemeinschaft" des Heimatrechts zwischen Eltern und Kindern fort.

Diese beiden Sätze müssen gelten, wenn das Unterstützungsrecht nicht auf einem andern Rechtstitel (den §§ 18. 19 des Gesetzes) erworben wird. Diese allgemeine Folge, welche die einzig richtige wäre, soll aber nicht eintreten, sie ist, wie unten gezeigt wird, nicht im Gesetze begründet und deßhalb muß man auf einen andern Inhalt des Gesetzes und eine andere Auslegung des § 65 Ziff. 1 kommen und diese ist:

Das Kind erwirbt am 1. Januar 1873 einen Unterstützungswohnsitz aber nicht auf Grund seines Heimatrechts, sondern des Heimatrechts des Vaters nach §§ 18 u. ff. des Gesetzes. Das Unterstützungsrecht des Kindes wird aus dem Rechtstitel der Abstammung aus §§ 18 u. ff. für dasselbe mit dem Gesetz am 1. Januar 1873 erworben. Im Augenblick, wo das Heimatrecht des Vaters oder der Mutter in das des Unterstützungswohnsitz-Rechts sich umwandelt, erlangen die Kinder das davon abgeleitete Recht, während bei der entgegengesetzten Ansicht das Kind den (selbständigen) Unterstützungswohnsitz des Heimatrechts hätte. Dieses selbständige Recht könnte auch nachher nicht mehr durch den Rechtstitel der Unselbständigkeit in das abgeleitete Unterstützungsrecht verwandelt werden, denn die Thatsachen eines abgeleiteten Unterstützungsrechts wären wohl von Anfang vorhanden, aber (nach der bisherigen Ansicht) wirkungslos; ebensowenig könnten nach dieser Ansicht Thatsachen,

Digitized by Google

welche beim Vater (oder der Mutter) nach dem 1. Januar 1873 eintreten, rückwirken auf das selbständige Recht des Kindes: dieses dauerte solange fort, bis es den Unterstützungswohnsitz aus eigener Person verliert, (einen neuen erwirbt); also würde dieser Zustand unter Umständen 26 Jahre fortwirken. Nimmt man aber eine Aenderung in dem Heimatrechte des Kindes nicht an, so treten die Uebergangsbestimmungen (der Heimatrechtstitel) für das Kind selbst nicht in Wirkung, vielmehr treten die Wirkungen des Gesetzes §§ 18 u. ff. sofort für dasselbe ein.

Das Kind erwirbt nicht als bisher heimatberechtigt den Unterstützungswohnsitz, sondern es erwirbt sofort aus dem Rechtstitel der Abstammung das abgeleitete Unterstützungsrecht (wie dies die entgegengesetzte Ansicht bei der „Heimatgemeinschaft" annimmt), es hat als Kind seines Vaters sein Unterstützungsrecht. Es tritt der Zustand ein, welchen das Gesetz wirklich als definitiven beabsichtigt.

Bei anderer Auslegung wäre durch diese transitorische Bestimmung der Unterstützungswohnsitz der Eltern und Kinder zerrissen worden: es wäre ein Zustand geschaffen worden, welcher auf 26 Jahre die abnormsten Verhältnisse hinsichtlich des Unterstützungswohnsitzes der Kinder geschaffen hätte.

Das Gesetz konnte den Erwerbstitel des Aufenthalts nicht rückwirken lassen, deßhalb mußte hier nach einem Surrogate gesucht werden, aber ein Surrogat war nur nothwendig da, wo das Gesetz nicht sofort in Kraft treten konnte, wie dies bei dem abgeleiteten Unterstützungswohnsitz der Fall war, welchen die entgegengesetzte Meinung auch bei Kindern eintreten läßt, welche den Heimatort der Eltern theilen, während dieselben folgerichtig, d. h. wenn es ein abgeleitetes Heimatrecht nicht und bei allen Kindern deßhalb ein selbständiges Heimatrecht annimmt, auch bei diesen nicht einen abgeleiteten Unterstützungswohnsitz aus der Abstammung gemäß § 18, sondern den selbständigen aus § 65 Ziffer 1 hätte eintreten lassen müssen, wovon dann die Folge gewesen, daß Aenderungen, welche nach dem 1. Januar 1873 in den Unterstützungswohnsitz-Verhältnissen des Vaters eintraten, das Kind nicht treffen, eben weil sein Unterstützungswohnsitz ein selbständiger aus § 65 Ziffer 1 war.

Das Gesetz hätte bei dieser Meinung endlich Bestimmungen, welche nur in dem alten Heimatrecht gelten, herübergetragen in die Geltung des Unterstützungswohnsitz-Gesetzes und so jenes fortwirken lassen, was nicht in der Absicht lag, vielmehr sollte nur der Stichtag durch den Besitz des Heimatrechts den neuen Unterstützungswohnsitz geben, darüber hinaus aber sollte das Heimatrecht und die auf dasselbe bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen nicht mehr auf das Unterstützungswohnsitzrecht einwirken. Hieraus ergiebt sich

VIII. der Sinn des § 65 Ziffer 1. Das Gesetz beschränkt sich überall, wo ein abgeleitetes Unterstützungsrecht nach dem Gesetze schon besteht, auf das Haupt der Familie; dessen Unterstützungsrecht wird geordnet und damit ist das der Frau, der Kinder, durch das Gesetz selbst geordnet. Hätte das Gesetz soweit eingreifen wollen, so würde es dies wohl ausdrücklich gesagt haben. Aber es lag ein Grund zu dieser Ausdehnung nicht vor.

Daß das Gesetz diese Wirkung nicht ausdrücklich ausschloß, ergibt sich aus seiner Entstehung. Man durfte es der verständigen Auslegung überlassen, den Sinn zu finden. Es war denn auch die ausgesprochene Absicht der Kommission, mit den transitorischen Gesetzen nur die allgemeinen Züge zu geben und die Ausfüllung der offen bleibenden Lücken, wie sie selbst sagt, der verständigen Auslegung des Gesetzes nach den Auslegungsregeln zu überlassen [3]).

Dies müßte aber nicht blos ausdehnend, sondern eben so gut einschränkend (bezüglich der Anwendung des § 65) eintreten, d. h. die Auslegung sollte verhindern, daß der § 65 nicht auf die Fälle angewendet würde, für welche das Gesetz schon gesorgt hatte. Es ergibt sich diese einschränkende Auslegung aus folgender Erwägung: Wenn es, wie ich oben bewiesen, eine „Gemeinschaft des Heimatrechts" nicht, sondern blos ein selbständiges Heimatrecht jedes Glieds der Familie, also auch des Kindes gegeben hat, so würde das neue Gesetz, wenn seine transitorische Bestimmung wörtlich ausgelegt wird, jedem Heimatberechtigten, also allen Ehefrauen und allen Kindern, einen

3) Bäzner S. 59.

selbständigen Unterstützungswohnsitz gegeben haben, welche am 1. Januar 1873 ein selbständiges Heimatrecht hatten.

Dies soll aber doch nicht seine Absicht gewesen sein und folglich, wenn die Selbständigkeit des Heimatrechts einen Unterschiedsgrund nicht gibt — würde eine Unterscheidung in das transitorische Gesetz gelegt, welche im bisherigen Rechte wenigstens ihren Grund nicht findet. Bei dieser Auslegung widerspräche das seinem weiteren Gedanken, daß eine der Ehefrau, dem Kinde gegebene Unterstützung als eine dem Ehemann, dem Vater gegebene Unterstützung angesehen wird, in Folge davon der Erwerb des Unterstützungswohnsitzes sowie der Verlust in der Person des Ehemanns, des Vaters selbst unterbrochen wird. Auch diese Folge würde bei der Annahme ausgeschlossen sein, daß das Kind einen selbständigen Unterstützungswohnsitztitel habe. Es ist weiter zu beachten, daß das Gesetz Ziffer 2 des § 65 in den bisher bestandenen Unterstützungswohnsitz „alle Folgen und Maßgaben dieses Gesetzes" d. h. des neuen Unterstützungswohnsitzes hineingießt, gleichviel ob die Voraussetzungen des Erwerbs andere waren. Sicher wollte es analog auch in den Heimat-Erwerbstitel Ziffer 1 diese hineingießen und unter die Folgen und Maßgaben ist auch die des abgeleiteten Erwerbs zu rechnen. Denn diese Bestimmung gilt offenbar für die ratio der Ziffer 1 ebensogut als für Ziffer 2 des § 65. Die Voraussetzung des Erwerbs ist verschieden; aber wenn das Unterstützungsrecht, sei es auf welchen Rechtstitel, erworben ist, ist es „mit allen Folgen und Maßgaben dieses Gesetzes" erworben. Dieser Grund trifft bei unserer Auslegung des § 65 Ziffer 1 vollkommen zu. Darum kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß der Vater das Unterstützungsrecht erwirbt, das Kind sein Recht von ihm ableitet, statt, daß bei anderer Auslegung das Kind aus dem Elternkreise hinausfiele.

Transitorische Titel treten da nicht ein, wo das Gesetz sofort in Wirksamkeit treten kann und soll.

Es ist aber bei der Auslegung solcher Bestimmungen wohl anzunehmen, daß das neue Gesetz wo irgend möglich eingeführt sein solle, daß also transitorische Gesetzesbestimmungen möglichst einschränkend ausgelegt werden.

IX. Man könnte die Sache auch so fassen: das Kind erwirbt durch § 65 Ziffer 1 allerdings das Unterstützungsrecht als Surrogat des Heimatrechts (mit seinen früheren Wirkungen), aber es erwirbt im gleichen Augenblick auch den abgeleiteten Unterstützungswohnsitz des Vaters, der Mutter und mit dem Erwerb des zweiten, verliert es den ersten (gemäß § 22 des Gesetzes).

Oder man könnte endlich annehmen, was in der Uebergangs-Periode möglich war, daß Jemand zwei Unterstützungswohnsitze erworben hätte [4]).

Allein ohne Noth wird das Gesetz dieses nicht gewollt haben. Es fiele bei dieser Wirkung in der That jeder Beweggrund weg; denn es wäre dadurch die Heimatgemeinde des Kindes doch nicht rechtlich erleichtert, sondern blos faktisch, wenn der Berechtigte vorzöge, die Heimatgemeinde des Vaters, der Mutter, in Anspruch zu nehmen. Solche Ausnahmen sind aber blos im äußersten Fall anzunehmen.

X. Wir glauben in Obigem nachgewiesen zu haben:

1. ein rechtlicher Unterschied zwischen dem Heimatrecht des Vaters, des Kindes, besteht nicht, folglich knüpfte sich auch an die Thatsache, daß später beide verschiedene werden keine rechtliche Folge.

Hieraus geht hervor:

2. daß der Eintritt des abgeleiteten Unterstützungswohnsitzes nicht in einem Fall zugelassen, im andern Fall zurückgewiesen, also nicht in dem einen Fall aus den Bestimmungen des § 18 u. ff., in dem andern aus § 65 Ziffer 1 des Unterstützungswohnsitz-Gesetzes abgeleitet werden dürfe, daß ebenso
3. die Bestimmung des § 65 nur selbständige Personen und insbesondere die Familienhäupter als solche im Auge hat, und die Anwendung des §§ 18 u. folg. für ihre Angehörigen als selbstverständliche Folge (vergl. § 65 Ziffer 2) voraussetzt, woraus
4. folgt, daß die Anwendung des § 65 Ziffer 1 auf Kinder,

4) Bäzner S. 60, Ziffer 2 unten.

deren Eltern durch den § 65 Ziffer 1 einen Unterstützungswohnsitz erworben haben, ausgeschlossen ist, daß es also einen selbständigen Unterstützungswohnsitz für solche, welche einen abgeleiteten Unterstützungswohnsitz nach dem Gesetz haben, nicht gibt.

V. Angültigkeit eines Erbvertrags zwischen Ehegatten wegen Handlungsunfähigkeit des einen Ehegatten.

Ein Rechtsfall. Erkenntniß des Landgerichts in Rottweil vom 30. März 1882.

Mitgetheilt von Herrn Amtsnotar **Caspart** in Schwenningen.

I. Am 7. April 1878 verehelichte sich der Uhrenhändler Johann Georg W. von Schw., welcher damals 59 Jahre alt war, mit der 52 Jahre alten A. M., geb. Pf., der Beklagten. Beide waren bis dahin unverheirathet. In der Zubringensinventur vom 25. Mai 1878 ist bemerkt, die Eheleute haben keine vom Landrecht abweichende Bestimmungen getroffen. An Weihnachten 1879 erlitt W. einen Schlaganfall, in Folge dessen er gelähmt wurde. Am 4. Mai 1881 nahm der damalige Not.-Verw. E. in Schw. als Anhang zu der Zubringensinventur folgende Urkunde auf:

Schw. Geschehen am 4. Mai 1881. „J. G. W. Uhrenhändler hier und seine Ehefrau A. M. geb. Pf. haben heute unter Zuziehung von je drei unbefangenen Zeugen in Anbetracht ihrer kinderlosen Ehe vorstehender Beibringens-Inventur folgenden Erbvertrag angehängt:

§ 1. Auf Ableben des einen Ehegatten wird der überlebende alleiniger Erbe des zuerst gestorbenen. Es sind also alle Seitenverwandten von aller Erbschaft ausgeschlossen.

§ 2. Sollten aus dieser Ehe noch Kinder entspringen, so hebt sich dieser Vertrag insolange auf, als diese am Leben sind und es tritt die landrechtliche Erbfolge ein. Würden jedoch etwa geboren werdende Kinder unmündig sterben, so tritt der Vertrag wieder in Kraft.

§ 3. Die landrechtliche Errungenschaftsgesellschaft bleibt wie bisher bestehen.

§ 4. Vorstehender Vertrag ist einseitig weder abänder- noch aufhebbar.

All Vorstehendes bekräftigen auf Vorlesen:

der Ehemann: die Ehefrau:

††† Handzeichen A. M. W.

des in Folge Schlaganfalls gelähmten Ehemanns

Not.-Verw. E.

Unterzeichnet ist der Vertrag von je drei Zeugen auf Seiten des Ehemanns und der Ehefrau.

Am 3. Juli 1881 starb W. und hinterließ als Intestaterben außer seiner Wittwe 1) 6 Kinder einer vorverstorbenen Schwester, 2) seinen vollbürtigen Bruder Erhard W., geb. 31. Januar 1828, in Amerika verschollen.

II. Bei der Theilung der Verlassenschaft des J. G. W. nahm die Wittwe den gesammten Nachlaß auf Grund des Erbvertrags für sich in Anspruch und es erhoben nun die Kinder der verstorbenen Schwester des Erblassers Klage gegen die Wittwe, indem sie den Antrag stellten, es möge der Erbvertrag für ungiltig erklärt und der Nachlaß des Verstorbenen nach dem Intestaterbrecht vertheilt, auch die Kosten des Rechtsstreits der Beklagten zugeschieden werden.

Zur Begründung der Klage wird angeführt, der Erbvertrag sei ungültig, weil der Erblasser zur Zeit der Errichtung des Vertrags in einem Zustand körperlicher und geistiger Unfähigkeit sich befunden habe, welcher ihn gehindert habe; selbständige Verfügungen über sein Vermögen zu treffen und seinen Willen in unzweifelhafter Weise zu erklären.

In Folge des Schlaganfalls sei derselbe der Sprache beraubt gewesen und habe blos noch einen unartikulirten Laut, wie „er" aussprechen können.

Als Zeugen für seinen körperlichen und geistigen Zustand wird der Ortsarzt Dr. M., von welchem ein schriftliches Zeugniß vorgelegt wird, benannt, auch wird sich auf das Zeugniß des Amts-N. E. in Schw. dafür berufen, daß dieser wiederholt die Errichtung eines Testaments aus dem Grund abgelehnt habe, weil

der Erblasser nicht mehr fähig gewesen sei, ein Testament zu errichten.

Der Erbvertrag sei von der Beklagten erschlichen worden, denn der Erblasser habe gar keinen Grund gehabt, seine Seitenverwandten zu enterben, er habe seit 1850 bis zu seiner Verheirathung bei den Klägern gewohnt, sei von ihnen in gesunden und kranken Tagen verpflegt worden und habe wiederholt und noch im Frühjahr 1879 den Klägern reichliche Belohnung nach seinem Tod versprochen. Auch später sei das Verhältniß des Erblassers zu den Klägern kein unfreundliches gewesen.

III. Von der Beklagten wird kostenfällige Abweisung der Kläger beantragt. Es wird bestritten, daß der Erbvertrag ungiltig sei, der Erblasser sei, auch nachdem er den Schlaganfall erlitten, stets bei vollem Bewußtsein gewesen, später habe sich sein Befinden gebessert, so daß er sogar nothdürftig an einem Stock habe gehen können. Das Sprachvermögen habe sich allerdings nicht mehr vollständig eingestellt, er habe aber ziemlich deutlich „ja" und „nein" und „haan" sagen, auch durch Geberden sich verständlich machen können. Erzählungen sei er mit Interesse gefolgt, sein Erinnerungsvermögen sei ungetrübt gewesen, seinen Widerspruch habe er sehr entschieden geltend gemacht u. s. f. Zwei benannte Zeugen werden bestätigen, daß der Erblasser im letzten Jahre seines Lebens auf seine Verwandten sehr erbost gewesen sei, und wenn einer am Haus vorbeigegangen sei, die Faust geballt und auf jede Weise seinen Unwillen zu erkennen gegeben habe. Für die Verpflegnng, welche er vor seiner Verheirathung im Hause der Kläger genossen, habe er diese stets sofort bezahlt. Daß er die Seitenverwandten nicht habe zur Erbschaft berufen wollen, beweise die Thatsache, daß er im Juli 1880 ein zu ihren Gunsten errichtetes Testament zurückverlangt und vernichtet habe. Ein benannter Zeuge werde auch bezeugen, daß er schon damals oft und fast täglich durch Zeichen und Beantwortung der an ihn gestellten Fragen zu erkennen gegeben habe, daß er ein Testament zu Gunsten seiner Frau errichten wolle. Amtsnotar E. und die im Erbvertrag unterzeichneten Zeugen werden bezeugen, daß bei Errichtung des Vertrags jeder Zweifel bezüglich der Richtigkeit und Selbständigkeit der Willensäußerung des Erblassers ausgeschlossen gewesen sei.

Auf Befragen des Gerichts, in welcher Weise der Erblasser bei Errichtung des Vertrags seinen Willen kundgegeben habe, gibt der Beklagte Vertreter an, der Notar habe gefragt, wer Erbe sein solle, darauf habe der Erblasser auf sich, dann auf seine Frau gezeigt, und auf die Frage des Notars, ob die Seitenverwandten nichts erben sollen, habe er vernehmlich „Nein" gesagt.

IV. In der Replik wurde bestritten, daß sich das Befinden des Erblassers in der letzten Zeit seines Lebens gebessert habe und daß er auf die Kläger erbost gewesen sei. Wenn die Kläger denselben nicht häufiger besucht haben, so sei dieses wohl zu erklären, weil sie, nachdem der Erblasser geheirathet habe, in seinem Haus nicht gern gesehene Gäste gewesen seien. Bestritten werde, daß die Kläger für die Verpflegung des Erblassers entschädigt worden seien. Das Testament habe er vernichtet, nicht um seine Seitenverwandten zu enterben, sondern weil er inzwischen geheirathet habe und die Beklagte Notherbin geworden sei, ein neues Testament habe er nicht errichtet, weil er die Kläger nicht habe enterben wollen.

Unbestritten ist, daß die Intestaterbportion der Kläger zusammen nach der neuesten Berechnung 923 Mk. 15 Pf. beträgt und daß dieser Betrag das Streitobjekt bildet.

Nach Vernehmung der als Zeugen benannten Dr. M. und A.R. C. und E., deren wesentliche Angaben aus den Gründen hervorgehen, erkannte das Landgericht in Rottweil am 30. März 1882, daß der zwischen der Beklagten und ihrem verstorbenen Ehemann J. G. W. am 4. Mai 1881 in Schw. errichtete Erbvertrag ungültig und demgemäß den Klägern der ihnen nach dem Intestaterbrecht zukommende Antheil an der Hinterlassenschaft des ꝛc. W. herauszugeben sei und die Beklagte die Kosten des Rechtsstreits zu tragen habe.

Die rechtskräftig gewordene Entscheidung wurde auf folgende Gründe gestützt:

Die Gültigkeit eines Erbvertrags hat wie jeder andere Vertrag [5]) die juristische Handlungsfähigkeit der Kontrahenten

5) Die Ansicht, daß die Giltigkeit eines Erbvertrags wie jeder

zur Voraussetzung. Im vorliegenden Fall ist bestritten, ob diese Handlungsfähigkeit auf Seiten des Ehemanns zur Zeit der Errichtung des Vertrags vorhanden gewesen ist und diese Frage ist zu verneinen.

Nach dem Zeugniß des Amtsnotars E., welcher den Vertrag niedergeschrieben hat, war W., als ꝛc. E. gerufen wurde, nicht mehr im Stande, sich ihm verständlich zu machen und es hat der Zeuge die von der Beklagten ihm angesonnene Errichtung eines Testaments unterlassen, weil er sich überzeugt hatte, daß W. nicht mehr fähig sei, ein Testament zu errichten. Wenn dieser Überzeugung unerachtet der Zeuge sich dazu herbeigelassen hat, einen Erbvertrag zu verfassen und den Inhalt des Vertrags als die Willensäußerung des ꝛc. W. zu beglaubigen, so hat er vollständig verkannt, daß derjenige, welchem wegen der physischen Unmöglichkeit, seinen Willen auszusprechen oder niederzuschreiben, die Befugniß, ein Testament zu errichten, abgeht (Landrecht III. 2 § 4), auch nicht im Stande ist, einen Vertrag einzugehen [6]). Die Absicht, einen letzten Willen zu errichten, hat nicht der Ehemann, sondern die Beklagte ausgesprochen, und wie der Inhalt des Anfangs beabsichtigten Testaments, so wurde auch der Inhalt des Erbvertrags von dem Amtsnotar auf Veranlassung der Beklagten niedergeschrieben, die § 2—4 sind sogar alleiniges Machwerk des Amtsnotars. Ist es nun schon an sich zweifelhaft, ob ein Testament gültig ist, dessen Inhalt nicht auf einer selbständigen Erklärung des Testirenden beruht, sondern lediglich dem Testirenden abgefragt worden ist (württ. Archiv XIII. S. 320), so kann im vorliegenden Fall, wo der Ehemann die an ihn gerichteten Fragen nicht einmal beantworten konnte,

andere Vertrag (nur) die juristische Handlungsfähigkeit der Kontrahenten zur Voraussetzung habe, ist nicht unbestritten. Während die willkürliche, d. h. diejenige Form, die Regel für das neueste Recht bildet, welche nur dem Willen entspricht und als eine Manifestation desselben gelten kann (Puchta Pand. § 64 note c, cfr. Not.-Ord. von 1517 § 7), wird von Hohl, Handb. des W. Erbrechts von Stein und Kübel V. Aufl. S. 109, Verpflichtungsfähigkeit und Testirfähigkeit verlangt. Zur aktiven Testamentsfähigkeit gehört aber nach L. R. Th. 2 Tit. 2 § 1 die Fähigkeit zu schreiben oder zu reden. Anm. d. E.

2) Vergl. dagegen Not.-Ordn. von 1812 § 7, Puchta Pand. § 64 note c. Anm. d. E.

wo gar nicht festgestellt ist, ob der Ehemann den Inhalt des Vertrags gekannt hat, da die Angabe des Notars, er habe geglaubt, der Ehemann habe das, was ihm vorgelesen worden, verstanden, lediglich seine durch nichts unterstützte Ansicht ist, kein Zweifel sein, daß ein Vertrag überhaupt nicht vorliegt, weil die Einwilligung des einen Kontrahenten nicht erwiesen ist und nicht erwiesen werden kann.

Es ist aber dem Vertrage nicht blos aus dem Grunde die Gültigkeit abzusprechen, weil der Erblasser seine Einwilligung in denselben nicht mehr erklären konnte, sondern auch aus dem weiteren Grunde, weil der Erblasser zur Zeit seiner Errichtung nicht mehr in der geistigen Verfassung war, welche zu Eingehung eines Rechtsgeschäfts erforderlich ist. Nach dem Gutachten des Ortsarzts Dr. M. waren bei dem Erblasser in Folge des Schlaganfalls die geistigen Fähigkeiten so reduzirt, daß er ein selbstständiges Urtheil nicht mehr besaß und daß er wegen seiner wechselnden Gemüthsstimmung leicht zu beinflußen war. Erwägt man nun, daß die Beklagte, nachdem sie den vergeblichen Versuch gemacht hatte, den Amtsnotar C. zu Errichtung eines Testaments zu veranlassen, zugegen blieb, während dessen Amtsverweser E. im Einverständniß mit ihr dem Erblasser eine Willensäußerung suggerirte, so kann von einer freien selbstständigen Willensbestimmung des Erblassers keine Rede sein, er handelte vielmehr, wenn er überhaupt eine Äußerung oder zustimmende Erklärung abgegeben hat, unter dem Einfluß der Beklagten, welchem er sich in seinem damaligen Zustande nicht entziehen konnte.

VI. Zur rechtlichen Stellung des wundärztlichen Standes im deutschen Reich und besonders in Württemberg.

Von Herrn **Dr. Neuschler**, Arzt in Stuttgart.

Lohnt es sich noch, so könnte man einwenden, über die Rechte eines Standes zu schreiben, der schon vor einem Jahrzehnt zum Aussterben verurtheilt worden? Was da die Ver-

gangenheit von Zweifeln bestehen gelassen das zu lösen wird doch wohl die Gegenwart und die Zukunft sich nicht mehr bemühen?

Aber die Sache liegt doch anders

Es handelt sich um einen Stand, dessen Angehörige in Deutschland noch nach Tausenden zählen und von dem zumal in Württemberg noch in vierzig Jahren Vertreter leben werden. Und es handelt sich um Fragen prinzipieller Art und neuen Datums, bezüglich deren mehrere deutsche Regierungen zu stark von einander abweichenden Auffassungen gelangt sind und die auch in Württemberg, bisher wenig behandelt, künftig noch Beachtung finden werden. Im Hinblick darauf soll hier die Tragweite der wichtigsten, in der deutschen Gewerbeordnung enthaltenen Bestimmungen über den wundärztlichen Stand, ihr rechtlicher Einfluß auf die Existenz und Stellung dieses Standes im deutschen Reich und besonders in Württemberg geprüft werden. Es werden sich daraus Schlüsse ergeben, die theilweise schon, jedoch, weil an keinen Einwand gedacht wurde, ohne eingehende Begründung in Band XIX. p. 297—299 dieses Archivs ausgesprochen worden, seitdem aber von sehr beachtenswerther Seite [1]) nachdrücklich angefochten worden sind. Ja es ist von demselben Schriftsteller jede Beziehung der Gewerbeordnung zu unserem wundärztlichen Stand entschieden verneint worden mit Berufung auf gewisse Aussprüche preußischer und bayrischer Ministerien und Gerichte. Grund genug, den Gegenstand einer erneuten und sorgfältigen Prüfung zu unterwerfen, bei der gerade von einer näheren Betrachtung obiger preußischen und bayrischen Vorgänge das hauptsächlichste Licht ausgehen wird.

Vorher sei kurz erwähnt, welche Arten von beistandleistendem Personal für Krankheits- und abnorme Geburtsfälle die G.O. angetroffen hat und welche Stellung unter diesen Helfern der wundärztliche Stand einnimmt.

I. Voran steht das geprüfte ärztliche Personal (im weiteren Sinn), d. h. die zur Berathung und Behandlung von Kranken Berufenen, in zwei Abstufungen; eine obere, wissenschaftlich ge-

1) K. Schicker, Regierungsassessor. Die deutsche Gewerbeordnung mit den Ausführungsbestimmungen des Reichs und Württembergs. Stuttgart, bei Kohlhammer, 1879.

Digitized by Google

bildete, die Aerzte im engern Sinn; und eine untere, nur praktisch unterrichtete, der Stand der Wundärzte. Jene stützen sich auf Gymnasiallaufbahn bis zur Maturität und auf ausgedehntes Studium der Naturwissenschaften und üben auf dieser Grundlage die ärztliche Kunst allseitig, d. h. in Medizin, Chirurgie und Geburtshilfe aus; diese dagegen sind stets ohne Maturität, theilweise nur aus der Volksschule kommend, und stets ohne eingehendes Studium der Naturwissenschaften nur durch praktische Kurse geschult; eine Schulung, die meist neben Chirurgie auch Geburtshilfe und das Allgemeinste von Behandlung innerlicher Krankheiten befaßt; thatsächlich sind deßhalb die meisten von ihnen auch zu letzterer Leistung, aber fast immer nur in beschränkter Weise für befähigt erklärt (z. B. beschränkt auf Nothfälle oder gebunden an die Mitwirkung eines Arztes in schwierigen Fällen, letzteres selbst in Chirurgie). Das für sie gegenüber den Aerzten bezeichnende ist also mehr noch der Unterschied des Gesichtskreises, als der der zu behandelnden Fälle.

II. Zur Besorgung manueller Verrichtungen, die im Laufe einer Krankheit nöthig werden und eine männliche Hand erfordern können, oder zur Assistenz für das behandelnde Personal, nicht aber zu eigener Berathung oder Gesammtbehandlung eines Falles bestimmt findet sich da und dort in deutschen Staaten ein geprüfter Stand, dessen Glieder als „Heildiener", „Bader" oder ähnlich bezeichnet sind.

III. Dazu kommt für Warte und Pflege allerlei hauptsächlich weibliches, in der Regel nicht staatlich geprüftes Personal in weltlichem oder geistlichem Gewand.

Das Bestreben der Aerzte in Deutschland ist nun mit Beharrlichkeit seit Jahrzehnten dahin gegangen, das Publikum der Behandlung durch die Wundärzte, als einer durchaus ungenügenden, zu entziehen und es in die der Aerzte zu bringen, zu diesem Zweck den Stand der Wundärzte wo möglich zu beseitigen und höchstens noch Heildiener neben sich bestehen zu lassen. Ob das dem Wohl des Ganzen, ja selbst dem des ärztlichen Standes wirklich diene, sei hier nicht erörtert. Jedenfalls hat sein Streben Erfolg gehabt, zuerst in einzelnen Staaten, dann im neuen Reich; seit Mai 1872 ist kein „Wundarzt", seit April 1873 kein „Ge-

burtshelfer“ in Deutschland mehr approbirt worden. Dieser Unterschied aber, auf den die Aerzte ihre Berechnung gegründet haben und der sich sehr präzis ausdrücken läßt, der Unterschied zwischen dem Berufe des Wundarztes und dem des Heildieners ist deßhalb näherer Betrachtung werth, weil, wie wir sehen werden, auf seiner klaren Erfassnng die richtige Anwendung der G.O. in ihren Beziehungen zum Stande der Wundärzte wesentlich beruht.

Der Wundarzt gehört zu den Aerzten und theilt mit ihnen das Wesen des ärztlichen Berufes.

Wer an den Leidenden herantritt, ausgestattet mit systematischer Kenntniß der Erscheinungsweise und der Verrichtungen des gesunden und des kranken Menschen, fähig, die Zeichen seines Leidens zu erkennen und zu sichten, sie in ein klares Bild zusammen zu fassen und dieses mit anderen der Erfahrung entnommenen zu vergleichen; wer sodann im Stande ist, die bei der dermaligen Höhe der Kunst erfüllbaren Heilaufgaben des Falles zu bezeichnen, unter den dafür zu Gebot stehenden Mitteln sachverständig auszuwählen und schließlich das gewählte zweckentsprechend anzuwenden, der ist Arzt (im weiteren Sinne); er ist es auf einer höheren oder niedreren Stufe, je nach dem Grade seiner Ausbildung, er ist es aber immer, wenn er nur in einer gewissen Harmonie und auf einer jeden Laien übertreffenden Höhe gleichzeitig den verschiedenen obigen Forderungen entspricht. Und diesen Forderungen allen muß der Wundarzt, wenn er auch, mit den wissenschaftlich gebildeten Aerzten verglichen, der „niedere Wundarzt“ heißt, doch bei seiner Thätigkeit vollauf genügen; sie ist, wie schon sein Name angibt, im weiteren Sinne zwar, aber durchaus eine ärztliche, eine behandelnde, heilende.

Ein Mann dagegen, den ich mir rufe, damit er mich schröpfe, mir zur Ader lasse, Blutegel setze, ein Ohr ausspritze, und der das nach meinem Wunsch besorgt, der hat freilich, wenn das der Gipfel seiner Kunst ist, noch nie den Titel „Wundarzt“ verdient, wenn er ihm auch in längst vergangenen Zeiten von einzelnen Regierungen verliehen worden ist, von der württembergischen zuletzt vor einem halben Jahrhundert (vgl. die V.O. vom 14. Okt. 1830 §. 1. Reg. Bl. p. 443). Denn seinem Thun fehlt der Kern dessen, was oben als ärztliche Thätigkeit bezeichnet worden ist, die eigene Unter-

suchung und Beurtheilung des Falles, das freie und eben damit verantwortliche Ermessen und Wählen der Mittel. Nicht das ist, wie Viele annehmen möchten, dabei wesentlich, daß der verlangte Eingriff wenig Geschick erfordere oder daß er geringfügig sei; er kann, wie z. B. beim Aderlasse, sehr folgenreich, also bei unpassender Anwendung sehr schädlich sein. Wesentlich ist vielmehr das, daß der Handelnde dabei das Werkzeug, nicht der Urheber der Handlung ist, woraus auch folgt, daß die ungeschickt ausgeführte Handlung einen Vorwurf gegen ihn begründet, die nicht indizirte nicht. Das also ist der „Heildiener", den man auch „Heilgehilfe", „Chirurgiegehilfe", „Bader" und dgl. und dessen Thätigkeitsbereich man hie und da die „kleine Chirurgie" genannt hat. Nie hat Jemand die Behandlung eines Schenkelbruches zur „kleinen Chirurgie" gezählt, dagegen gehört sie vollständig zu den Aufgaben des „Wundarztes" oder „niedern Wundarztes". Der Heildiener ist denn auch selbst gegenüber einem sehr wenig intelligenten Publikum niemals mehr ein ernstlicher Konkurrent des Arztes, wie der Wundarzt bei den unteren Ständen es regelmäßig ist.

Betrachten wir nach diesen Voraussetzungen die Bestimmungen der G.O. näher, welche für den wundärztlichen Stand von Bedeutung sind. Nächst der Thatsache, daß das gesammte in Krankheits- oder Geburtsfällen rathende Personal durch seine Rubrizirung unter die Gewerbetreibenden der Eigenschaft von öffentlichen Dienern, soweit sie ihm überhaupt zugeschrieben war, völlig entkleidet ist, enthalten die §§ 29 [2]) und 30 [3]), Absatz 2

2) G.O. §. 29: „Einer Approbation, welche auf Grund eines Nachweises der Befähigung ertheilt wird, bedürfen Apotheker und diejenigen Personen, welche sich als Aerzte (Wundärzte, Augenärzte, Geburtshelfer, Zahnärzte und Thierärzte) oder mit gleichbedeutenden Titeln bezeichnen oder Seitens des Staats oder einer Gemeinde als solche anerkannt oder mit amtlichen Funktionen betraut werden sollen — — —."

„Der Bundesrath bezeichnet, mit Rücksicht auf das vorhandene Bedürfniß, in verschiedenen Theilen des Bundesgebiets die Behörden, welche für das ganze Bundesgebiet gültige Approbationen zu ertheilen befugt sind, und erläßt die Vorschriften über den Nachweis der Befähigung."

„Personen, welche eine solche Approbation erlangt haben, sind innerhalb des Bundesgebiets in der Wahl des Orts, wo sie ihr Gewerbe

der G.O. die grundlegenden Bestimmungen. Zur Begründung des § 29, der von der von Reichswegen zu übenden Approbation und damit untrennbar verbundenen Freizügigkeit des behandelnden Personals spricht (das nicht behandelnde, vielmehr nur niedere, Hilfe leistende ist in § 30 besprochen), hatte das Bundespräsidium den Satz an die Spitze gestellt [4]): „Es kommt darauf an, für die Medizinalpersonen die Freizügigkeit innerhalb des Bundesgebietes herzustellen"; für die Medizinalpersonen, nicht für einzelne Arten derselben, also wenn wir von den in dem § gleichfalls genannten Apothekern absehen, für alles gegenwärtig oder zukünftig thätige behandelnde Personal ohne irgend welche Ausnahme; auch die nähere Kenntnißnahme der Motive und der Verhandlungen zu §§ 29 und 30 wird Niemanden darüber im Zweifel lassen, daß jeder Geprüfte, welcher zu der von uns oben sub I bezeichneten Gruppe seiner Berufsart nach gehört, möge sein Titel sein, welcher er wolle, nach dem übereinstimmenden Willen der damals verbündeten Regierungen und des Reichstages in den Bereich des § 29 gehört [5]).

---

betreiben wollen, — —, nicht beschränkt."

(Absatz 5) „Personen, welche vor Verkündigung dieses Gesetzes in einem Bundesstaate die Berechtigung zum Gewerbebetrieb als Aerzte, Wundärzte, Zahnärzte, Geburtshelfer, Apotheker oder Thierärzte bereits erlangt haben, gelten als für das ganze Bundesgebiet approbirt."

3) G.O. §. 30, Abs. 2. „Hebammen bedürfen eines Prüfungszeugnisses der nach den Landesgesetzen zuständigen Behörde."

4) R. d. R. 1869 (Stenograph. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes, Session 1869), Bd. III, p. 117.

5) So ist z. B. (Sten. Ber. d. nordd. R. v. 1869, Bd. III, p. 118) der vom Reichstag abgelehnte Vorschlag, in §. 30, Abs. 2 auch die Heildiener zu nennen, damit begründet, daß ein Befähigungsnachweis für dieses Gewerbe unerläßlich ist, da es oft vorkommt, daß in dringlichen Fällen Personen dieses Gewerbes wundärztliche Verrichtungen anvertraut werden müssen, die in ungeschickten Händen lebensgefährlich sind." Wer auf diesem Standpunkt steht, der müßte sich selbst völlig widersprechen, wenn er nicht als noch weit mehr approbationsbedürftig Jeden ansehen würde der regelmäßig wundärztliche Thätigkeit ausübt, habe er dann statt des Titels „Wundarzt" auch irgend einen andern. In verstärktem Maaß muß das bezüglich dessen gelten, der innerlich Kranke zu behandeln hat.

Wir schließen aus diesem Umstand, daß zufolge des § 29, Abs. 2 es nunmehr keiner partikulären Gesetzgebung oder Regierung mehr zusteht, etwa durch Anordnung eigener Prüfungen einen nur in dem besonderem Staate anerkannten Stand geprüfter Aerzte, Wundärzte oder Geburtshelfer zu schaffen, selbst wenn sie dabei alle im § 29 genannten Titulaturen vermeiden und die Approbirten z. B. als „Unterärzte", „Hilfsärzte", „Chirurgen" und dgl. bezeichnen wollte.

Dem Bundesrathe dagegen und ihm allein erkennt der § 29 in Absatz 1 und 2 zweifellos die Befugniß zu, den wundärztlichen Stand in Deutschland fortzuerhalten oder auf neuen Grundlagen wieder zu schaffen. Das gilt, obwohl die Regierungen bei Berathung der G.O. mit der Absicht, das nicht zu thun, vorgeschlagen hatten, in § 29, Abs. 1 nur Aerzte, Zahnärzte und Apotheker zu nennen, und obwohl der Bundesrath durch Beschluß vom 25. Sept. 1869 die Einrichtung getroffen hat, daß bis auf Weiteres nur für „Aerzte" Prüfungen ausgeschrieben und Approbationen ertheilt werden. Der „Wundarzt" des Absatzes 1 des § 29 der G.O. ist also virtuell zwar vorhanden, verwirklicht aber ist er im Gegensatz zum „Arzt", „Zahnarzt", „Thierarzt" und „Apotheker" bis heute nicht; wir können deßhalb auch der Ansicht nicht beipflichten, die wir später hören werden, wer, ohne mit diesem Titel approbirt worden zu sein, sich nach Verkündigung der G.O. doch so nenne, der simulire, daß er seine chirurgische Befähigung in dem von den „Aerzten" verlangten Grade nachgewiesen habe; denn das verstehe die G.O. unter einem „Wundarzt". In der That spricht sich die G.O. darüber gar nicht aus; nur der Bundesrath hätte sich, sobald er es für nöthig fände, darüber auszusprechen; wo vorher schon „Wundärzte" sind, wird ohnedieß das Publikum, wenn es den Titel hört, nur an einen solchen denken.

Haben im wundärztlichen Stande bisher keine neuen Schöpfungen stattgefunden, so interessirt uns in ihm umsomehr die durch den § 29 Abs. 5 der G.O. geschaffene neue Stellung seiner alten Glieder. Wir wollen nicht wiederholt angeben, warum auch in dieser Übergangsbestimmung alle Geprüften ohne Ausnahme, die einen im weiteren Sinne ärztlichen Beruf ausüben,

und alle ohne Ansehen ihres Titels gemeint sind [6]). Die Folge aber ist — und sie ergibt sich auch, wenn man die sogleich zu nennenden Gesetzesstellen einzeln darauf untersucht — daß der vor Erlaß der G.O. vorhandene deutsche Wundarzt jeglicher Benennung an der ganzen und großen Veränderung Theil nimmt, welche die G.O. in den Rechten des behandelnden Personals festgestellt hat. Dieselbe hat das diesem Personal vorher allein zustehende Recht berufsmäßiger Behandlung von Krankheiten und krankhaften Geburtsfällen aufgehoben und konkurrirender Thätigkeit Nichtgeprüfter die Thore geöffnet (§ 29, Abs. 1), so daß den Geprüften als Vorrecht nur noch die Führung ihres durch die Prüfung erlangten Titels (§ 147, Z. 3) und der Anspruch geblieben ist, vom Staat und von Gemeinden in dem Umfang, wie ihre jeweilige Prüfungsurkunde es ausweist, als die Befähigten, Sachverständigen, zum Bezug etwa taxmäßig festgesetzter Gebühren Berechtigten und zur Bewerbung um öffentliche Aemter Legitimirten anerkannt zu werden (§ 29, Abs. 1 und § 80, Abs. 2). Dagegen sind ihre Rechte erweitert worden durch die Verleihung der Freizügigkeit, d. h. der Möglichkeit, überall im ganzen deutschen Reich obige Vorrechte geltend zu machen [7]) (§ 29, Abs. 3), durch die Freiheit, nach eigener Wahl jede private Berufung zum Beistand abzulehnen (§ 144, Abs. 2), und, gegenüber allen vorher gültigen Landesgesetzen, durch die Unwiderruflichkeit ihrer einmal auf Grund richtiger Nachweise erlangten Approbation (§ 143, Abs. 1 und § 53, Abs. 1) [8]).

6) Die Motive dazu sagen (N. d. R. 1869, Bd. III, p. 117) „Was endlich die vor Erlaß der Bundesgewerbeordnung von den Landesbehörden ertheilten ärztlichen Approbationen angeht, so unterliegt es keinem Bedenken, dieselben, wie es im letzten Alinea geschieht, als für das gesammte Bundesgebiet erfolgt anzusehen." Also alle, die ertheilt worden sind; daß dabei das Wort „ärztlich" im weitern Sinne verstanden, ist durch den Zusammenhang zweifellos.

7) Daran, nicht aber an Krankenbehandlung an sich ist zu denken, wenn (z. B. in Anm. 12) von „Praktiziren dürfen," von der Ausübung ihrer „Befugnisse," ihrer „Ermächtigung" und besonders von der räumlichen Erweiterung derselben gesprochen wird. Die Befugniß, berufsmäßig Kranke durch ganz Deutschland zu behandeln, ist ja Gemeingut geworden.

8) G.O. §. 53, Abs. 1: „Die in dem §. 29 bezeichneten Appro-

Man wird anerkennen müſſen, daß es für den württembergiſchen wundärztlichen Stand im Ganzen, wenn auch keineswegs für jedes einzelne Glied deſſelben, ein ſehr empfindlicher Nachtheil wäre, wenn er, wie nachdrücklich behauptet worden, von dem Genuße obiger den deutſchen Wundärzten verliehenen neuen Rechte ſich ausgeſchloſſen ſehen müßte, während er den bezeichneten Verluſt an Recht ſo gut erleidet, wie ſeine deutſchen Berufsgenoſſen. Prüfen wir deßhalb, ob die Anwendung, welche die G.O. in Preußen und in Bayern gefunden hat, wirklich ſtichhaltige Belege für obige Behauptung abgibt.

In Preußen hat, von Spezialitäten (Zahnärzte und dgl.) abgeſehen, das ärztliche Perſonal im weiteren Sinn zur Zeit der Erlaſſung der G.O. in Folge der K. V.-O. vom 28. Juni 1825[9]) aus „Aerzten“ oder promovirten „Medikochirurgen“ aus „Wundärzten erſter Klaſſe“ oder „nicht promovirten Medikochirurgen“ und aus „Wundärzten zweiter Klaſſe“ beſtanden. Von dieſen rein nur praktiſch geſchulten Wundärzten ſind aus beiden Klaſſen noch viele vorhanden. Diejenigen der erſten Klaſſe übertreffen an Fachbildung unſere Wundärzte zweiter Abtheilung (von denen unten die Rede ſein wird), ſind auch mediziniſch geſchult und ſind, damit ſie nicht den Aerzten Konkurrenz machen, ſondern als Helfer in allen Nöthen vor allem dem Landvolk beiſtehen ſeit 1837 darauf beſchränkt geweſen, wenn ſie zugleich innerlich praktiziren wollten, ſich nur in ſolchen Orten, wo noch kein Arzt war, niederzulaſſen; da aber war ihre mediziniſche Thätigkeit unbegrenzt. Die Wundärzte zweiter Klaſſe, unſern Wundärzten dritter Abtheilung am nächſten ſtehend, ſollten, obwohl zu ſelb-

bationen können von der Verwaltungsbehörde nur dann zurückgenommen werden, wenn die Unrichtigkeit der Nachweiſe dargethan wird, auf deren Grund ſolche ertheilt worden ſind.“

9) Eine genaue Schilderung des preußiſchen Medizinalweſens nach der rechtlichen Seite enthält für die neuere Zeit v. Rönne, Staatsrecht der preußiſchen Monarchie, Bd. II, Abth. II, Leipzig 1872, S. 210 bis 251; und ſehr eingehend iſt für die ältere Zeit v. Rönne und Simon (die Verfaſſung und Verwaltung des preußiſchen Staates; 6. Theil: das Polizeiweſen; 3. Band), das Medizinalweſen des preußiſchen Staates, Breslau, 1844—1846; vgl. L. v. Stein, die Verw.lehre III. Theil, das Geſundheitsweſen (1882) S. 335 ff.

ständiger Thätigkeit befähigt, doch keine gefährlicheren Operationen unternehmen und, bei freier Niederlassung, hauptsächlich in den Städten in der Nähe der „Aerzte" als deren Gehilfen zur Hand zu sein.

Beide Klassen mußten sich auch der „kleinen Chirurgie" wenigstens dann widmen, wenn sie von Aerzten dafür in Anspruch genommen wurden. Als sie daher durch Kabinetsordre vom 15. September 1848 auf den Aussterbeetat gesetzt waren (v. Rönne, S. 213) und bald der Mangel an Personal auch für die „kleine Chirurgie" in Folge dessen fühlbar wurde, wurde im Jahr 1851 das auf Prüfung und Konzession beruhende Institut der preußischen „Heilbiener" geschaffen, (v. Rönne, S. 225).

Fragen wir nun, wie die preußische Regierung die Stellung ihrer Wundärzte zur G.O. aufgefaßt, so ist die Antwort einfach die, daß sie so wenig, als irgend eine Autorität in Preußen, darüber einen Zweifel gehegt oder erregt hat, daß die G.O. sämmtlichem deutschen ärztlichen Personal mit Einschluß der Wundärzte seine neue rechtliche Stellung anweise [10]). Sie hat gar nicht für nöthig gefunden, darüber noch aus eigener Initiative irgend eine Erklärung abzugeben [11]). War doch wesentlich unter Mitwirkung ihrer Beamten und im vollen und steten Anblick ihrer Wundärzte und mit häufiger Erwähnung derselben die G.O. berathen und ausgearbeitet worden; war es denkbar, daß gerade diese stillschweigend ausgeschlossen worden

10) Für den positiven Ausspruch ist zu verweisen auf v. Rönne, S. 214. Anm. 4; er verweist, nachdem er die preußischen Aerzte und die Wundärzte beider Klassen besprochen, einfach darauf, daß bezüglich ihrer als Uebergangsbestimmung der § 29. Abs. 5 der G.O. gelte. — Ebenso verhält sich Eulenberg, das Medizinalwesen in Preußen, 1874 S. 309.

11) Eine solche wäre vor Allem zu finden in der sehr vollständigen Sammlung von Kletke, die G.O. für den deutschen Bund, aus amtlichen Quellen zusammengestellt; 3. Band, Berlin 1873, enthaltend alle seit Emanation der G.O. erlassenen, auf dieselbe bezüglichen Gesetze, Verordnungen des Bundesrathes, Bekanntmachungen des Bundes-, resp. Reichskanzlers, sowie Ausführungsanweisungen, Instruktionen ꝛc. der K. preußischen Ministerien und Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in systematischer Ordnung.

Digitized by Google

wären, wo das neue Gesetz von Wundärzten sprach? Wo aber gelegentlich ein Anlaß vorgelegen, das bestehende Rechtsverhältniß zu berühren, da finden wir auch, daß die Regierung in einfachster Kürze sich auf diese oder jene in der G.O. enthaltene Bestimmung über Rechte preußischer Wundärzte bezieht. Dasselbe thut das Bundeskanzleramt [12]). Es erwähnt namentlich auch

12) Kletke III, S. 94. Aktenstück Nr. 50. Bescheid des K. preuß Ministeriums der Geistlichen, Unterrichts- und Medizinalangelegenheiten an den Wundarzt I. Kl. N. (dessen Bewerbung um eine Armenarztstelle als unstatthaft abgewiesen worden war) vom 8. Sept. 1870.

„Auf die Vorstellung vom 2. d. M. erwiedre ich Ihnen, daß die unter der früheren Gesetzgebung bestandene Beschränkung der Wundärzte I. Kl. hinsichtlich der Ausübung der inneren Praxis nicht in einem Mangel der Befähigung beruhte, sondern mit der dieser Kategorie von Medizinalpersonen auferlegten Domizilbeschränkung zusammenhing. Die letztere ist mit der Publikation der G.O. für den N.d. Bund in Wegfall gekommen, und dürfen derzufolge die Wundärzte I. Kl. jetzt im ganzen Gebiete des N.d. Bundes volle ärztliche Praxis treiben. Hieraus ergibt sich, daß der Bewerbung eines Wundarztes I. Kl. um eine armenärztliche Stelle der Mangel der Befähigung dazu nicht mit Grund entgegengehalten werden kann."

Einen ferneren Anlaß offizieller Aeußerungen hat das Verlangen solcher Wundärzte I. Kl. nach Gewährung des Titels „Arzt" geboten; zunächst sei erwähnt Kletke III, S. 89. Aktenstück Nr. 41. Schreiben des Bundeskanzleramtes an den Medikochirurgen Herrn N. N. vom 10. Nov. 1869:

„Ew. Wohlgeboren wird auf die von Ihnen und einer Anzahl Berufsgenossen eingereichte gefällige Eingabe vom 7. Sept. d. J., betreffend die Anerkennung Ihrer Berechtigung zur Führung des Titels als Aerzte, Folgendes ergebenst erwiedert:

Aus den Bestimmungen in §. 29 der G.O. für den N.d. Bund folgt:

1) daß Jedermann an jedem Ort die Heilkunde ausüben darf;

2) daß, wer sich als Arzt oder mit gleichlautendem Titel bezeichnen will, einer auf Grund eines Befähigungsnachweises zu ertheilenden Approbation bedarf;

3) daß, wer vor Verkündigung der G.O. die Berechtigung zum Gewerbebetrieb als Arzt, Wundarzt ꝛc. in einem Bundesstaat bereits erlangt hatte, als für das ganze Bundesgebiet approbirt gilt.

Hienach dürfen Sie fortan die Heilkunde unbeschränkt an jedem Orte ausüben und sich des in Preußen erworbenen Prädikates als „Wundarzt" überall bedienen, haben aber, wenn Sie das Prädikat

die Konsequenz, daß der in Preußen geprüfte Wundarzt im ganzen Geltungsbereich der G.O. als „Wundarzt" mit dessen Rechten zugelassen werden muß.

Das Recht, als „Heildiener" sich zu bezeichnen und zu wirken, ist, wie bemerkt, bis 1869 in Preußen auch an die Voraussetzung einer Prüfung und einer Konzession geknüpft gewesen. Der Reichstag hatte nun aber (vgl. Anm. 5) abgelehnt, dieses Gewerbe in die Liste derjenigen zu stellen, welche nach der G.O. nur auf Grund einer besondern Genehmigung ausgeübt werden dürfen. Immerhin bleibt es ein medizinisches Gewerbe und man möchte annehmen, daß gemäß dem § 6 der G.O. [13]) der § 1 [14]) derselben keine Anwendung auf dasselbe finde, daß es also den einzelnen Staaten unbenommen bleibe, dasselbe als ein freies oder ein nicht freies Gewerbe auch fernerhin zu behandeln. Dennoch hat das betreffende preußische Ministerium die nicht freie Behandlung nach Einführung der G.O. als unzulässig erkannt, hat den Gewerbebetrieb und die

„Arzt" führen, ohne die vom Bundesrath für die Erwerbung dieses Prädikates durch das Reglement vom 25. Sept. d. J. festgesetzten Bedingungen erfüllt zu haben, zu gewärtigen, daß Sie auf Grund des §. 147. Nr. 3 der G.O. unter Anklage gestellt werden — — —."

Damit ist diese Angelegenheit nicht erledigt gewesen. Die Petenten haben bewirkt, daß in ihrer Sache am 30. Nov. 1870 ein Erkenntniß des K. preuß. Obertribunals gefällt wurde (Kletke III, S. 94, Aktenstück Nr. 49), welches ihnen das Recht zusprach, sich praktische Aerzte zu nennen, und eine Zirkularverfügung des K. preußischen Ministeriums für G., U. u. M.-Angelegenheiten vom 24. Febr. 1872 (Kletke III S. 95. Aktenstück Nr. 51) „nimmt" (in Folge dessen) „keinen Anstand anzuerkennen," daß sie sich als „Aerzte" bezeichnen dürfen. — Den Wortlaut und die Entscheidungsgründe des gerichtlichen Erkenntnisses theilt Kletke nicht mit. In dem Punkte, der uns wichtig ist, in der Auffassung, daß §. 29 Abs. 5 der G.O. auch die preußischen Wundärzte betreffe, stimmen Bundeskanzleramt, Ministerium und Obertribunal völlig überein. Eine gänzliche rechtliche Gleichstellung der preuß. Wundärzte I. Kl. mit den „Aerzten" bedeutet obiges gerichtl. Erkenntniß nicht.

13) G.O. §. 6. „Das gegenwärtige Gesetz findet keine Anwendung auf — die Ausübung der Heilkunde (vorbehaltlich der Bestimmungen in §§. 29, 30, 53, 80 und 144) — —."

14) G.O. §. 1. „Der Betrieb eines Gewerbes ist Jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.

Bezeichnung als Heildiener Jedem freigegeben und sich auf Einrichtung fakultativer Prüfungen beschränkt, wie sie für jedes freie Gewerbe geschaffen werden können und in reicher Auswahl bestehen. Das ist mittelst des Zirkularerlasses vom 27. Dezember 1869 [15]) geschehen, eines Erlasses, der eine vielleicht nicht gewollte Bedeutung erlangt hat. Denn wer den ein-

15) Klette III, S. 105. Aktenstück Nr. 69. Zirkularerlaß des k. preuß. Ministeriums der Geistlichen, Unterrichts- und Medizinalangelegenheiten vom 27. Dez. 1869.

„Der Umstand, daß die G.O. für den N.d. Bund das Institut der Heildiener oder Chirurgengehülfen nicht erwähnt, enthält keine Nöthigung, dieses nützliche Institut fallen zu lassen, zumal die G.O. nach §. 6 auf die Ausübung der Heilkunde überhaupt nur so weit Anwendung findet, als es in den dort allegirten Paragraphen ausdrücklich bestimmt ist. Es kommt nur darauf an, das Institut der veränderten Gesetzgebung anzupassen.

Aus der Freigebung der ärztlichen Praxis folgt, daß auch die Ausübung der kleinen Chirurgie Niemanden verwehrt werden kann. Da es aber nicht nur für Aerzte und Lokalbehörden, sondern auch für das Publikum von Wichtigkeit ist, zu wissen, ob derjenige, der sich mit kleinen chirurgischen Operationen, Desinfektionen u. s. w. beschäftigen will, auch die hiezu erforderliche Fähigkeit besitzt, so steht Nichts entgegen, diejenigen Personen, welche sich über ihre Befähigung ausweisen wollen, nach Maßgabe der bisherigen Bestimmungen zu prüfen und ihnen, falls sie die Prüfung bestehen, ein Befähigungszeugniß auszufertigen, durch welches sie das Recht gewinnen, sich als geprüfte Heildiener zu bezeichnen. Von Ertheilung einer Konzession und von der Prüfung eines lokalen Bedürfnisses für die Ansetzung (d. h. Niederlassung) von Heilgehülfen ist dabei abgesehen. Dagegen ist in dem Befähigungszeugniß der Umfang der Befähigung genau zu bezeichnen und die ausdrückliche Voraussetzung, daß der Inhaber sich bei Ausübung seines Gewerbes streng innerhalb der Grenzen dieser Befähigung halten werde, mit dem Zusatze auszusprechen, daß ihm bei Ueberschreitung dieser Grenzen das Befähigungszeugniß und damit das Recht, sich als geprüften Heildiener zu bezeichnen, nach §. 53, Alinea 2 der G.O. für den N.d. Bund aberkannt werden würde."

Daß das Ministerium für die soeben genannte Aberkennung die Bedingung des §. 53 der G.O. und damit folgerichtig wohl auch das in §. 54 der G.O. bezeichnete Verfahren vorschreibt, ist nicht Folge eines gesetzlichen Zwanges, da ja die Heildiener eben nicht zu den Gewerbetreibenden zählen, deren besondere Genehmigung die G.O. vorschreibt; vgl. darüber v. Rönne, S. 226, Anm. 1.

fachen, klaren, so ganz und gar auf Behandlung des Heildienerwesens beschränkten Inhalt betrachtet, wird sich schwer vorstellen, daß aus diesem Aktenstück mehrfach eine maßgebende Aeußerung der preußischen Regierung über die neue rechtliche Stellung von allerlei wundärztlichem Personal herausgelesen worden ist.

Blicken wir jetzt auf die Vorgänge in Bayern. Dort hat die am 1. Juli 1872 eingeführte deutsche G.O. außer den „Aerzten" schlechtweg, d. h. den wissenschaftlich gebildeten, ein an Zahl und Klassen reiches wundärztliches Personal (Landärzte, Chirurgen, Magistros Chirurgiae, chirurgische Bader) vorgefunden; die Auswahl von Stufen und demgemäß von Titeln rührt davon her, daß die Regierung, den Wünschen der Aerzte folgend, die Schulen für dieses Personal, damit auch die Befugnisse und die Titel (erst Landarzt, dann Chirurg, dann Magister chirurgiae und chirurgischer Bader) stufenweise erniedrigt hat [16]). Keinem dieser Männer war bei der Approbation der deutsche Titel „Wundarzt" ertheilt; es wird aber selbst in K. Verordnungen [17]) von ihnen ebenso leicht auch als von „wundärztlichem Personal", „approbirten Wundärzten" und ähnlich gesprochen. Sie sind alle ohne Maturität nur praktisch geschult, alle in erster Linie zur Ausübung von Chirurgie und Geburtshilfe bestimmt, jedoch nebenbei auch zur Ausübung innerlicher Praxis ermächtigt, aber, selbst mit Einschluß der Landärzte, angewiesen, in jedem schwierigen Fall sich auf den Rath eines „Arztes" zu stützen. Neben diesem wundärztlichen Personal bestehen noch einfache „Bader", d. h. Heildiener. Sie sind aber mit jenem Personal schon vor der G.O. wiederholt in K. Verordnungen als „niederes ärztliches Personal", „unterärztliches Personal" u. dgl. zusammengefaßt worden [18]), ein Umstand, der

16) vgl. Hoffmann, Sammlung derjenigen Verordnungen, welche die Stellung, Rechte und Pflichten, sowie die Berufsthätigkeit der praktischen Aerzte im Königreich Bayern betreffen. Landshut, 1854. — Selbst die „chirurgischen Bader" noch behandeln nach der Baderordnung Knochenbrüche, Verrenkungen und dergl. und üben außer Kaiserschnitt und Perforation die ganze operative Geburtshilfe aus.

17) vgl. bei Hoffmann die Allgemeine Medizinaltaxe vom 31. März 1836.

18) vgl. bei Hoffmann die k. Verordnungen vom 28. Juni 1836

sehr dazu angethan war, eine irrthümliche Anwendung der G.O. vorzubereiten, allerdings eher eine solche, bei der die Heildiener zu den Wundärzten gestellt worden wären, als die wirklich geschehene, welche die Wundärzte den Heildienern folgen läßt.

Bezüglich der Rechte all dieser Klassen nun hat die K. bayr. Regierung sich veranlaßt gesehen, nach Einführung der G.O. durch K. Verordnung vom 11. Aug. 1873 sich noch besonders auszusprechen [19]).

Die §§ 1 bis 3 dieser K. V.O. enthalten nichts Eigenthümliches. Wenn der preußische, der württembergische oder sonst ein deutscher Wundarzt von seinem Rechte Gebrauch macht, sich in Bayern als „Wundarzt" niederzulassen und dort unter dem Schutz der G.O., z. B. auch ihres § 53 zu praktiziren, so wird er die in § 1 der V.O. vorgeschriebene Anzeige erstatten.

Paragraph 4 dagegen ist nach einem kleinen Bruchtheil

---

und vom 29. Jan. 1865. So ist es dann auch in §. 3 der in Anm. 19) wiedergegebenen K.V.O. vom 11. Aug. 1873 gehalten.

19) K. bayr. V.O. vom 11. Aug. 1873, die Ausübung der Heilkunde betreffend, erlassen „mit Rücksicht auf die durch die Einführung der G.O. in Bayern nothwendig gewordenen Abänderungen."

§. 1. „Wer sich in Bayern als Arzt (Wundarzt, Augenarzt, Geburtshelfer, Zahnarzt) niederlassen will, hat von der Wahl seines Wohnortes bei der Distriktspolizeibehörde des letzteren unter Nachweisung seiner Berechtigung gemäß §. 29 der G.O. — Anzeige zu erstatten."

§. 2. „Die Berechtigung zur Führung des Titels eines Landarztes, Chirurgen, Magister chirurgiae, Baders oder Gesundheitsbeamten (officier de santé) und der Umfang der Befugnisse dieser Personen bemißt sich nach" — (folgt die ganze Reihe der bezüglichen, meist alten bayrischen Bestimmungen, nach denen diese Ermächtigungen und Titel ertheilt worden sind; officier de santé eine Art Arzt dritter Klasse aus der französischen Zeit der bayrischen Pfalz).

§. 3. „Hinsichtlich der Wahl und der Veränderung des Wohnortes finden die Vorschriften in §. 1 auf das in §. 2 aufgeführte unterärztliche Personal gleichmäßige Anwendung."

§. 4. „Die Berechtigung des unterärztlichen Personals zur Führung der in §. 2 bezeichneten Titel kann wegen Ueberschreitung seiner Befugnisse zurückgenommen werden. Hinsichtlich des Verfahrens und der Behörden sind die Vorschriften in den §§. 20 und 21 der G.O. — maßgebend."

(Reg.-Bl. für das Königreich Bayern, 1873, S. 1313 und ff.)

(sofern er nämlich den „einfachen Bader" betrifft) das Seitenstück des in Anm. 15) wiedergegebenen preußischen Zirkularerlasses über die Heildiener, nach all seinen übrigen Objekten aber widerspricht er dem, was in Preußen als die von der G.O. geforderte rechtliche Behandlung des vor der Zeit der G.O. approbirten wundärztlichen Personals festgehalten worden ist. Die G.O. untersagte ausdrücklich, wie in Band XIX, S. 297—298 dieses Archivs hervorgehoben worden, durch ihre §§ 40, 53 und 143, daß eine unter den § 29, Absatz 5 fallende Approbation zur Bestrafung wieder entzogen werde, und das Recht zur Führung des verliehenen Titels ist ein integrirender Theil der Approbation. Es fällt dabei noch besonders auf, daß durch § 4 dem in Bayern approbirten und seßhaften Landarzt oder Chirurgen Rechte vorenthalten sind, welche ein an demselben Ort mit ihm praktizirender, in Preußen approbirter und viel niedrer gebildeter Wundarzt II. Cl. genießt.

Warum die bayrische Regierung das für richtig erkannt, ist aus der Verordnung nicht zu ersehen. Von Vermuthungen über den Grund liegt uns diese zunächst, daß sie all dieses Personal nicht mit seinen Titeln in § 29, Abs. 5 vertreten gefunden und deßhalb als nicht dort inbegriffen angesehen hat. Wir haben schon oben auseinandergesetzt, warum es uns unmöglich wäre, diese Auffassung zu theilen, warum es uns dem Sinn des Gesetzes nicht zu entsprechen scheint, daß der „Magister der Chirurgie" oder der „Chirurg" der Stellung beraubt bleibe, welche das Gesetz, dem bei seiner Abfassung nur „Wundärzte" gegenüber standen, den „Wundärzten" zuerkannt hat. Für unsere württembergischen Verhältnisse übrigens würde eine aus diesem Grund geschehene Exemtion des bayrischen Personals vom Wirkungsbereich der G.O. niemals einen Vorgang bilden, denn unsere Wundärzte sind als „Wundärzte" approbirt.

Eine andere Erklärung aber für das Vorgehen der bayrischen Regierung stellt der bayrische Kommentator der G.O., Wirschinger [20]), nicht als Vermuthung, sondern als Gewißheit

20) Wirschinger, die deutsche G.O. und deren Novellen mit besondrer Rücksicht auf ihren Vollzug im Königreich Bayern Erlangen, 1874.

hin, nämlich die, daß die bayrische Regierung in ihrem „niederärztlichen Personal“ das Analogon der preußischen, in der G.O. absichtlich nicht behandelten Heildiener erkannt habe. Beweis dafür, daß er die Ansicht der Regierung vertrete, bringt Wirschinger keinen bei, wir werden übrigens bald sehen, daß ihm dennoch darin Vertrauen geschenkt worden. Dabei wäre zu wünschen, daß er durch näheres Eingehen auf die Berufsart des bayrischen Personals und der preußischen Heildiener die Analogie zwischen beiden darlegte, daß er auch der Existenz der preußischen beiden Klassen von Wundärzten wenigstens soweit erwähnte, um uns zu zeigen, warum er sie von der Parallele mit Bayern so völlig auszuschließen berechtigt ist. Das ist jedoch unterblieben. Er kommentirt die §§ 2 bis 4 der bayrischen Verordnung vielmehr so: „Der Landesgesetzgebung ist es auf Grund des § 6 der G.O. überlassen, das bisherige Institut der Approbation des niederärztlichen Hilfs-Personals (Heildiener, Heilgehilfen) einschließlich der Feststellung der Befugnisse desselben, so von Badern, Hühneraugenoperateuren u. s. w. beizubehalten. Ein in Norddeutschland ergangener prinzipieller Erlaß spricht sich hierüber folgendermaßen aus: „(folgt der in Anm. 15) wiedergegebene preußische Ministerialerlaß) Im Hinblick auf diese Grundsätze bestimmt der § 2 der Allerhöchsten K. V.O. über Ausübung der Heilkunde, daß sich die Berechtigung zur Führung des Titels Landarzt — — nach den — — bestehenden Vorschriften zu bemessen habe, und § 4 a. a. O, daß die Berechtigung zur Führung der gedachten Titel wegen Ueberschreitung der Befugnisse zurückgenommen werden könne. — Die Zurücknahme dieser Berechtigung ist analog dem § 53 der G.O., zu behandeln. — Die unmittelbare Anwendung des § 53 der G.O. erscheint nicht thunlich, nachdem es sich hier um eine Institution handelt, welche außerhalb der G.O. ihre Regelung findet. — — —.“

Wir haben schon oben das Wesen des Heildieners gegen-

S. 88. — Eine ganz abgesonderte Bearbeitung der medizinalpolizeilichen Abschnitte der G.O. durch einen mit den Verhältnissen der hilfeleistenden Stände berufsmäßig vertrauten Mann ist uns leider noch nicht begegnet; sie ist sehr wünschenswerth; im großen Zusammenhang der G.O. gesehen fallen jene Abschnitte zu wenig ins Gewicht.

über dem des Wundarztes und das so sehr verschiedene Verhalten der G.O., ebenso wie der preußischen Regierung, zu dem einen und dem andern so eingehend behandelt, daß wir nicht mehr besonders nachweisen wollen, wie wenig die preußischen Vorgänge sich eignen, in der ihnen hier zugedachten Weise den bayrischen Bestimmungen als Stütze zu dienen.

Wäre Wirschingers Urtheil über das bayrische wundärztliche Personal, daß es mit den Heildienern zusammen gehöre, richtig, so würde sich dasselbe mit Grund auch auf das württembergische anwenden lassen. Und allerdings muß man letzterem ganz besonders die thatsächliche Qualität von Wundärzten aberkennen, will man seine Exemtion vom Bereich der G.O. zu rechtfertigen versuchen; daß es, seinem Titel nach zu urtheilen, dort inbegriffen wäre, kann man ja nicht bestreiten.

Vorher sei aber noch ein andrer Vorgang aus Bayern besprochen, der als das Zitat „vgl. Stenglein V, S. 200[21])“

21) Stenglein, neue Folge, 1876, Bd. V, S. 200. Entscheidung des k. bayr. Kassationshofes vom 24. Mai 1875.

„Wie der oberste Gerichtshof bereits in seinem Erkenntnisse vom 19. Okt. 1874 (Samml. v. Entscheidungen, Bd. III, S. 477) ausgeführt hat, läßt die allgemeine Bestimmung am Schluß der Z. 3 des §. 147 der R.G.O. — keinen Zweifel darüber, daß das ausschlagende Moment nicht das Vorhandensein oder der Nachweis der dem gebrauchten Titel entsprechenden Befähigung ist, sondern der Besitz der staatlichen Konzession zum Gewerbebetrieb (Approbation) in dem dem Titel entsprechenden Umfang.

Die in dem gegenwärtigen Fall zu entscheidende Frage ist daher nicht darauf zu richten, ob Wolfgang E. durch den von ihm in der Baderschule zu Landshut genossenen Unterricht auch wirklich die dem von ihm geführten Titel „Wundarzt“ entsprechende Befähigung sich erworben habe, sondern darauf, ob sich die von ihm mit dem Approbationszeugnisse genannter Schule vom 30. Aug. 1840 erlangte staatliche Konzession zum Gewerbebetrieb auch wirklich über den Umfang des Heilgebietes erstrecke, welchen der von ihm gebrauchte Titel als „Wundarzt“ als Wirkungskreis voraussetzt.“

— — — —.

Es folgt der Satz, daß unter der Approbation als Wundarzt die Erklärung zu verstehen sei, der Betreffende sei ein „höherer Wundarzt“,

sich in den Kommentaren mehr und mehr einbürgert und eine

mit andern Worten ein „Arzt", wie solche jetzt allein noch approbirt werden. — Dann wird fortgefahren:

„Wenn auch einerseits die Spezialität der bayrischen Namensbezeichnung „approbirter Bader" nach Z. I Abs. 2 der Baderordnung von 1836 für die sachliche Auslegung des Titels „Wundarzt" in der R.G.O. §. 29 und §. 147 Z. 3 nicht maßgebend sein kann und andrerseits schon in Bayern selbst, vor Einführung der R.G.O. entgegen obiger Vorschrift der Baderordnung, approbirten Badern im offiziellen und nicht offiziellen Verkehr der Titel „Wundarzt" beigelegt worden sein mag, ohne daß darunter ein anderer, als der auf die niedere Chirurgie beschränkte Wirkungskreis des Baders verstanden, somit bis dahin wenigstens in Bayern mit der Führung des Titels „Wundarzt" von Seite eines Baders eine Täuschung des Publikums über die Befugnisse des Titelinhabers nicht wohl verübt wurde, so kann doch seit Einführung der Deutschen G.O. in Bayern (1. Juli 1872), deren Wirksamkeit sich gleichmäßig über das ganze Deutsche Reich zu äußern hat, der Begriffsumfang des Titels „Wundarzt" nach keinem andern Maßstabe, als der angeführten medizinisch-wissenschaftlichen Terminologie bemessen werden, wonach ihm die Ausdehnung über das ganze Gebiet der Chirurgie zukommt.

Daß unter den in der R.G.O. an den allegirten Stellen bezeichneten Medizinalpersonen (Aerzte, Wundärzte u. s. w.) nur das einer höheren wissenschaftlichen Vorbildung unterworfene ärztliche Personal im Gegensatz zu den Heildienern (welche sich mit der niedern Chirurgie beschäftigen) zu verstehen sei, dafür spricht auch sowohl der Erlaß des preuß. Staatsministeriums für Geistliche 2c. Angelegenheiten vom 27. Dez. 1869, wonach die Befugnisse des niederärztlichen Personals auch fernerhin lediglich nach den bisherigen (landesgesetzlichen) Bestimmungen zu bemessen sind, als auch die schon früher angeführte bayrische V.O. vom 11. Aug. 1873, welche im §. 2 das Gleiche vorschreibt im Gegensatz zu dem in §. 1 aufgeführten ärztlichen Personal (höherer Ordnung), das seinen Berechtigungsnachweis nach Maßgabe des Reichsgesetzes (§. 29 der G.O.) zu erbringen hat; cf. Wirschinger, deutsche G.O., St. 88, lit. d.

Da sich nun die von dem beschuldigten Wolfgang E. am 30. Aug. 1840 erlangte Approbation als „Bader" auf das ganze Gebiet der Wundarzneikunde den maßgebenden Verordnungen nach nicht erstreckte, kann er auch fernerhin nicht als Wundarzt im Sinne des §. 29 Abs. 5 der R.G.O. approbirt gelten, und da er auch seit Einführung der R.G.O. in Bayern eine dahin gehende erweiterte Approbation nicht erwarb — indem dessen fortgesetzte Benennung „Wundarzt" selbst in amtlichen Erlassen begreiflicherweise eine Konzessionserweiterung nicht zu verleihen vermochte — so schließt die von ihm bei seinem Gewerbe-

Anklage auf Grund des §. 147 Z. 3 der G.O. [22]) zum Gegenstande hat. Sie hat einen „auf Grund der V.O. vom 28. Juni 1836 als Bader (genauer als „chirurgischer Bader") approbirten Mann" betroffen, der, weil er noch nach Einführung der G.O. sich Wundarzt nannte (was vorher unbeanstandet geschehen war), gerichtlich belangt wurde. Der Kassationshof gab, als die Sache an ihn gelangte, zu, daß dem Betreffenden „entgegen obiger Vorschrift der Baderordnung [23])" früher der Titel „Wundarzt" im Verkehr beigelegt worden sein möge, erklärte aber seine Handlungsweise doch als eine Täuschung für strafbar. Wir hätten vermuthet, für solche Entscheidung den Grund angeführt zu sehen: Die G.O. schützt Jeden im Besitz desjenigen Titels, den er bei seiner Approbation erhalten, und macht ihn strafbar, wenn er irgend einen bei der Approbation nicht erhaltenen, unter §. 147 Z. 3 fallenden Titel sich beilegt; der chirurgische Bader bleibt auch nach der G.O. „chirurgischer Bader". Statt dessen hält sich der Kassationshof offenbar an folgenden Satz, der auch dem in unsrer Anm. 12 angeführten preußischen Obertribunalentscheid zu Grund gelegen zu sein scheint: die Worte „ohne hierzu approbirt zu sein" in §. 147 sind nicht anzuwenden auf den, der die dem Titel entsprechende Fähigkeit und Befugniß durch seine Approbationsprüfung amtlich bezeugt erhalten hat, mag ihm dann auch der Titel selbst nicht ertheilt worden sein. — Für unsre Verhältnisse in Württemberg hat dieser Satz keine praktische Bedeutung

betrieb fortgesetzte Führung des Titels „Wundarzt" seit der Einführung der R.G.O. nothwendig auch die Wirkung in sich, in dem Publikum (wobei man selbstverständlich nicht bloß Bayern im Auge haben darf) den fälschlichen Glauben (die Täuschung) zu erwecken, daß der Beschuldigte eine für das ganze Gebiet der Wundarzneikunst geprüfte Medizinalperson sei, womit der Thatbestand des Vergehens nach §. 147 Z. 3 der R.G.O. erschöpft ist."

22) G.O. §. 147. Z. 3. „Mit — wird bestraft, wer, ohne hierzu approbirt zu sein, sich als Arzt (Wundarzt, — —) bezeichnet, oder sich einen ähnlichen Titel beilegt, durch den der Glaube erweckt wird, der Inhaber desselben sei eine geprüfte Medizinalperson."

23) Es ist also nicht ganz richtig, wenn in Boschers Zeitschrift, Bd. XIX. S. 58 gesagt wird, es sei dem Betreffenden nach der V.O. vom 28. Juni 1836 die Ausübung eines Theils der niedern Chirurgie gestattet und der Titel „Wundarzt" beigelegt worden."

— Der Kassationshof reiht aber daran den weiteren für uns wichtigen Ausspruch, durch den er Wirschingers Anschauung adoptirt: Seit Einführung der G.O. bezeichnet „Wundarzt" nur noch den wissenschaftlich gebildeten Wundarzt, mit andern Worten den allseitigen Arzt; dafür spricht auch der preußische Ministerialerlaß vom 27. Dez. 1869, der das niederärztliche Personal als nicht in der G.O. inbegriffen behandelt. — Auf Grund des oben aktenmäßig geführten Nachweises vom Verhalten des Bundeskanzleramtes und der preußischen Regierung in Sachen der Rechte der preußischen Wundärzte wird es selbst einem Nichtjuristen gestattet sein, anzunehmen, daß der bairische Kassationshof in diesem Fall eine von Wirschinger wohl auf Grund mangelhafter Kenntniß des Sachverhaltes hingestellte irrthümliche Ansicht sich zu eigen gemacht habe. Es ist doch schwer zu bestreiten, daß der vielbesprochene Ministerialerlaß zu dem was in Preußen dem größten Theil des bayrischen „niederärztlichen Personals" analog ist, keine Beziehung hat, daß in Preußen vielmehr alles Personal, das überhaupt noch auf die Bezeichnung „ärztlich" in irgend einer Abstufung Anspruch hat, klar und vollständig als im Bereich der G.O. stehend behandelt ist.

Es wird nach diesen Erörterungen leicht sein, die rechtliche Stellung des württembergischen wundärztlichen Standes zu erkennen; wir fassen als solchen nur die „Wundärzte zweiter" und „dritter Abtheilung" also unsere „niedern Wundärzte" auf [24]). Von ihnen ist die zweite Abtheilung, nach der letzten

24) Der Versuch, als „Wundärzte erster Abtheilung" einen Stand von höheren, wissenschaftlich gebildeten Wundärzten ohne volle medizinische Ausbildung herzustellen, ist nur in Württemberg gemacht, aber auch schon lange wieder aufgegeben worden (K.V. vom 24. März 1858). Es leben von den so Approbirten noch 6 und theilen die meisten Rechte mit den „Aerzten". Man vergleiche über die 3 Abtheilungen bezüglich ihrer Vorbildung: zu I Riecke, das Medizinalwesen des Königreichs Württemberg, Stuttgart, 1856, S. 63 und 78; zu II und III daselbst S. 79; bezüglich ihrer Ausbildung und ihres Examens: zu I daselbst S. 63; zu II und III S. 79—80; bezüglich ihrer anerkannten Befähigung: zu I daselbst S. 75 und 129; zu II und III S. 76, 133, 135 und Reg.Blatt 1869, S. 308, §. 1, Abs. 2, und 1875, S. 542, §. 9, Abs. 2.

amtlichen Veröffentlichung am 31. Dez. 1878 noch 426 Köpfe zählend, die viel zahlreichere und wichtigere, meist (364 von 426) zugleich mit der Approbation für Geburtshilfe versehene und für den größeren Theil der Bevölkerung, zumal der ländlichen, der berufene Beistand bei den meisten schweren oder leichten äußerlichen Krankheiten oder Verletzungen (de facto auch bei der Mehrzahl aller innerlichen Fälle); erst seit 1872 ist durch Bundesrathsbeschluß ihr Nachwuchs abgeschnitten und Pfuscher ohne alle Schulung treten vielfach in die Lücken. Die dritte Abtheilung war, ehe die G.O. alle Behandlung frei gegeben, auf die Behandlung einfacherer, aber oft noch, wie Knochenbrüche, Verrenkungen und dgl., sehr wichtiger Fälle angewiesen, zählt jedoch nach derselben Zählung, wie oben, nur noch 90 Köpfe, davon 3 Geburtshelfer, da sie schon durch die K. V.O. vom 24. März 1858 auf den Aussterbeetat gesetzt ist. Beide Abtheilungen waren zur Hilfeleistung bei innerlichen Kranken in Nothfällen verpflichtet, sonst nicht berechtigt.

Daß nun diese unsere niedern Wundärzte vermöge ihrer Prüfung und Approbation zu den Wundärzten des §. 29 der G.O. in jeder Hinsicht zählen, hat, von einer zu besprechenden Ausnahme abgesehen, noch Niemand ausdrücklich bestritten. Wohl aber ist es durch bedeutende Autoritäten mit Wort und That anerkannt.

Als die württembergische Regierung beabsichtigte, noch nach dem Termin für Einführung der G.O. in Württemberg, nach dem 1. Januar 1872, eine Prüfung für Wundärzte zweiter Abtheilung, wie sie solche zuvor gehalten, auszuschreiben, erkannte sie die Einholung der Ermächtigung des Bundesrathes hiezu für nöthig, und der Bundesrath seinerseits hat auf „Grund der Bestimmungen in §. 29 der G.O." diese Ermächtigung ertheilt[25]). Wäre er der Ansicht gewesen, daß es sich um Männer

Die Prüfung in Geburtshilfe war, außer für die Aerzte, auch für die Wundärzte, der Regel nach mit Ausschluß der dritten Abtheilung zugänglich und für alle Kandidaten gleich, aber die den Bestandenen darin zuerkannte Befähigung je nach ihrer anderweitigen Ausbildung verschieden weit zugemessen; vgl. Riecke, S. 98—99.

25) Kletke, III, S. 95. Aktenstück Nr. 52.

handle, die zu den Heilbienern zu rechnen, so hätte er, wie er die Weiterbildung des preußischen Heilbienerstandes der preußischen Regierung überlassen hat, ganz ebenso die des württembergischen unserer Regierung überlassen und sich für inkompetent zu obiger Ermächtigung erklären müssen.

Es hat ferner, als in Württemberg die Frage zu erneuter Verhandlung kam, ob unsere Wundärzte zweiter Abtheilung fähig seien, zu öffentlichen-Impfärzten bestellt zu werden, der k. württ. Minister des Innern einen Beschluß des Bundesraths mitgetheilt [26]), wonach dieser erklärt, sie seien dazu fähig, „da sie, soweit ihre durch die landesrechtliche Approbation anerkannte Befähigung überhaupt reicht, im Sinne der Reichsgesetzgebung ebenfalls als Aerzte anzusehen sind". Das Reichsgesetz aber, dessen Sinn das vorschreibt, ist die G.O. mit ihrem §. 29. Abs. 5.

In gleicher Weise ist das Inbegriffensein unserer niedern Wundärzte in den Bestimmungen der G.O. von dem k. württ.

Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 21. Dez. 1871.

„Auf Grund der Bestimmungen in §. 29 der G.O. vom 21. Juni 1869 hat der Bundesrath beschlossen, seine durch die Bekanntmachung — vom 25. Sept. 1869 veröffentlichten Beschlüsse, wie folgt, zu ergänzen:

1) — — —

2) a. — —

b. Im Laufe des ersten Halbjahres 1872 darf noch eine Prüfung für Wundärzte zweiter Abtheilung und Geburtshelfer behufs ihrer Zulassung zur Praxis in Württemberg nach Maßgabe der dort bisher in Geltung gewesenen Vorschriften stattfinden." (Reichsgesetzblatt 1871, Nr. 51, p. 472.)

Wir finden hier als Uebergangsbestimmung zu dem in der Absicht des Bundesraths damals gelegenen gänzlichen Aufhören der Ertheilung solcher Approbationen die Beschränkung dieser Kraft seiner Ermächtigung erst zu ertheilenden auf die Praxis in Württemberg; bei einer auf dauernde Zukunft berechneten Institution wäre das der G.O. zuwider gewesen, und daß der Bundesrath andrerseits auch die vor seinem Einwirken ertheilten Approbationen in ihrer nunmehrigen Erstreckung auf das ganze Reich anerkannt hat, zeigt das Aktenstück Nr. 41 in Anm. 12).

26) Verhandlungen der Württ. Kammer der Abg. von 1875 76, Protokollband IV, S. 1648.

Miniſter des Innern (nicht von demjenigen Miniſter, der die zu erwähnende Verfügung vom 8. April 1872 unterzeichnet hat) anerkannt worden aus Anlaß einer Bitte niederer Wundärzte um Schutz gegen Beeinträchtigung ihrer Rechte, indem er hervorhob [27]), daß „ihnen im letzten Abſatz des §. 29 der G.O. ausdrücklich vorbehalten iſt, daß ſie innerhalb der beſtehenden Grenzen ihrer früheren Approbation fortan ihre mediziniſche Hilfe anbieten dürfen“. (vgl. hiezu die Anm. 7.)

Dieſe geſetzliche Thatſache, daß der ganze Stand von den Beſtimmungen der G.O. getroffen und beſchützt iſt, iſt damals von den Gönnern ſeiner Bitte in der Kammer als ein Hauptargument benützt und ſelbſt von den Gegnern in keiner Weiſe angezweifelt worden. Man wird vergeblich in den wiederholten Kammerverhandlungen der letzten zehn Jahre über die Chirurgenfrage auch nur eine einzige Aeußerung eines derartigen Zweifels ſuchen. Erſt die in dieſem Archiv geäußerte Anſicht, daß mit obiger Thatſache eine beſtimmte Verfügung des k. württ. Miniſteriums des Innern nicht vereinbar ſei, hat, ſoweit wir ſehen, den Anlaß gegeben, daß die Thatſache ſelbſt beſtritten wird.

In ſeiner Verfügung vom 8. April 1872 beſtimmt das k. württ Miniſterium des Innern (vgl. Württ. Archiv, Band XIX, S. 296—297), daß unſre niedern Wundärzte ihrer Approbation als ſolche, eventuell auch derjenigen als Geburtshelfer, auf Antrag der Kreisregierung vom k. Miniſterium des Innern ganz oder theilweiſe wegen auffälliger Rückſchritte in ihren Kenntniſſen oder in ihrer techniſchen Fähigkeit verluſtig erklärt werden können.

Es iſt nun an obiger Stelle des Archivs darauf hingewieſen worden, daß dieſe Verfügung nicht mit der G.O. vereinbar erſcheine gegenüber von Männern, deren Approbation unter dem Schutze des §. 53 der G.O. ſteht; denn ſpätere Unfähigkeit iſt wohl zu unterſcheiden von einer Unrichtigkeit der Nachweiſe, auf

27) Daſelbſt, Protokollband II, S. 935. — Was das Recht der Thätigkeit über die Grenzen der früheren Approbation hinaus betrifft, ſo hat der Miniſter damals erklärt, daß es ihm perſönlich nicht außer Zweifel ſtehe, daß es übrigens der k. Geheime Rath in einem ſpeziellen Fall anerkannt habe.

Grund deren die Approbation ertheilt worden ist; sie so wenig, als die in Bayern dafür angesehene „Ueberschreitung der ertheilten Befugnisse", ist ein der G.O. entsprechender Anhalt für Entziehung der einmal verliehenen Approbation.

Die Folge obigen Einwandes aber ist gewesen, daß, wie Wirschinger für die bayrische Verordnung, so Herr Schicker [28]) für die württembergische Verfügung geltend gemacht hat, was allein jenen Widerspruch aufheben könnte, nämlich daß es sich da überhaupt nicht um Männer, deren Verhältnisse durch die G.O. bestimmt sind, sondern lediglich um Heildiener handle, und es werden hiefür die k. bayr. V.O. vom 11. Aug. 1873, ihre Kommentirung durch Wirschinger und ihre Auffassung in dem in Stenglein V, p. 200 mitgetheilten Entscheid angeführt; was aber für Heildiener gelte, sei aus dem preußischen Zirkular-Erlaß vom 27. Dez. 1869 zu ersehen.

Die Folgen für den württembergischen wundärztlichen Stand, welche dieser Rechtsansicht entsprechen, sind tiefgreifende. Hat

28) Schicker, S. 32. Anm. 3. und S. 160, Anm. 14: „den Titel „Wundarzt" dürfen vorbehältlich des §. 1, Abs. 2, und §. 29, Abs. 5, nur diejenigen führen, welche zur Ausübung der Wundarzneikunde in ihrem ganzen Umfang approbirt sind (Stenglein, V, 200)."

Schicker, S. 282 und 283, Anm. zu §§. 6 und 7 der Min.-Verfg. vom 8. April 1872: „die niedern Wundärzte (II. und III. Klasse) gehören nicht zu den in §. 29 der G.O. aufgeführten Medizinalpersonen, die G.O. bezieht sich daher gar nicht auf dieselben. Hierauf beruhten die nachfolgenden Bestimmungen, insbesondere auch die Z. 2." (Zurücknahme der Ermächtigung.) „Wenn daher auch die Kurpfuscherei, also bei diesen Personen die ärztliche Behandlung außerhalb ihrer Ermächtigung nicht unter Strafe gestellt ist, so spricht ihnen die Min.-Verf. doch mit Recht die öffentliche Ermächtigung zu solchen höheren ärztlichen Funktionen ab." (Dieser Satz bezieht sich auf einen in Eingaben von württ. Wundärzten an die Ständeversammlung 1865, 1872 und später erhobenen Anspruch). „Aehnliche Vorschriften (nämlich wie die württembergische über Approbationswiederentziehung wegen Unfähigkeit) für das niedere ärztliche Personal sind für Preußen durch den Zirkularerlaß vom 27. Dez. 1869 und für Bayern durch die k. Verordnung vom 11. Aug. 1873 gegeben. — — Siehe auch Wirschinger, p. 88."

Schicker, p. 33, Anm. 14. „Auf niedere Heildiener, also auch auf die Wundärzte II. und III. Klasse in Württemberg bezieht sich der Absatz 5, wie der §. 29 überhaupt nicht."

die G.O. keinen Einfluß auf die Stellung unserer niedern Wundärzte, so sind sie in dem alten Verhältniß „öffentlicher Diener“ geblieben, sind wohl damit auch noch immer einer disziplinären Strafgewalt unterworfen und sind der Möglichkeit ausgesetzt, daß ihre Bezeichnung, um Mißverständnisse gegenüber den Bezeichnungen in der G.O. zu meiden, vom k. Ministerium des Innern in die von „Badern“, „Heildienern“ oder dergl. umgeändert werde; sie haben nicht, sobald sie im deutschen Reich außerhalb Württembergs praktiziren, den Genuß der Vorrechte des approbirten Wundarztes; im Gegentheil droht ihnen Strafe nach §. 147, Z. 3 der G.O., wenn sie diesen oder auch nur einen ihm ähnlichen Titel führen; in der Heimath können sie ihrer Approbation verlustig erklärt werden aus Gründen, welche die G.O. nicht kennt, und durch ein Verfahren, das von dem für Wundärzte von der G.O. vorgeschriebenen sehr nachtheilig abweicht; denn wenn die G.O. für sie überhaupt nicht gilt, ist auch das als Ausführung des §. 21 der G.O. in Württemberg durch die K. V.O. vom 19. Juni 1863, §. 8, festgestellte Verfahren für sie nicht zu beanspruchen Sie sind damit nachtheiliger gestellt, als irgend ein anderes Glied des hilfeleistenden Personals im ganzen Deutschen Reich, sie genießen, nachdem sie eine fünf- bis siebenjährige Vorbereitungslaufbahn und zwei Prüfungen hinter sich haben, nicht so viel Schutz ihrer besondern Genehmigung, als jede Hebamme, als der preußische „geprüfte Heildiener“, als der bayrische „einfache Bader“, welchen allen der Anspruch auf die schützende, von der G.O. in ihrem §. 21 bezeichnete, besondere Art des Verfahrens zugestanden ist. Zur Rechtfertigung dieser Auffassung wird von ihnen gesagt, sie seien Heildiener, und es wird auf das Beispiel der gleichen Behandlung des dem unsrigen gleichartigen Personals in Bayern und Preußen verwiesen. Wir glauben, diese Vorgänge bereits, den in Preußen geschehenen als einen nur vermeintlichen, und den bayrischen als einen der G.O. in der That widersprechenden nachgewiesen zu haben. Es bleibt nur noch wiederholt zu erklären, warum nicht im Widerspruch mit ihrem Titel die württembergischen niedern „Wundärzte“ vielleicht doch ihrer Thätigkeit nach nur Heildiener sind.

Daß sie das nicht sind, sie, deren Befugniß durchaus auf Behandlung von Kranken gerichtet ist, geht schon aus der eingangs gegebenen Kennzeichnung des Berufes der Heildiener hervor. Wie wäre es möglich, daß ein Heildiener für fähig erklärt worden ist, öffentlicher Impfarzt zu sein? Ein Mann, der [29]), wie unsre Wundärzte II. Abtheilung, die öffentlich anerkannte Befähigung besitzt, „die äußerliche Behandlung aller chirurgischen Fälle, welche nicht zu den schwierigsten und gefährlichsten gehören," selbständig durchzuführen, oder der, wie unsere Wundärzte III. Abtheilung, wenigstens zur Behandlung der verschiedensten nicht complizirten Beinbrüche und Verrenkungen, zur Oeffnung von Abszessen, zum Ziehen von Zähnen, zur Behandlung von Wunden, Quetschungen und Verbrennungen und zu ähnlichen Aufgaben befähigt und berufen ist, der wird von allen Männern des Faches stets und unbedingt als Wundarzt anerkannt nicht als bloßer Heildiener betrachtet werden, von dem er sich vielmehr unterscheidet, wie der Maler vom Farbenreiber. Vollends geht es nicht an, zu sagen, daß die geburtshilfliche Thätigkeit, für welche drei Viertheile unserer niedern Wundärzte die Approbation (von deren Wiederentziehung in obiger Minist.-Verf. auch gehandelt wird) zugleich besitzen, eine Heildienerverrichtung sei. Es ist und bleibt eben eine Thatsache, daß die württembergischen „Wundärzte" auch ihrer Berufsthätigkeit nach so zweifellose, wenn auch niedere Wundärzte sind, als die preußischen und als irgend einer im Deutschen Reich, und damit ist ihre Stellung unter den §. 29 der G.O. und unter die G.O. im Ganzen unabänderlich gegeben. Es macht auch schon der Eingang der Verfügung vom 8. April 1872 durchaus den Eindruck, daß das Ministerium, wie es in der Kammerdebatte ja auch gethan, dieses Grundverhältniß gar nicht bezweifle. Wenn uns dann die amtliche Ausführung im Einzelnen damit nicht durchweg übereinzustimmen scheint, wenn wir Inkongruenzen zu sehen glauben, wie wir hier eine besprochen und in diesem Archiv,

29) Vgl. zum Folgenden die beiden vom 14. Okt. 1830 datirten k. württ. Verordnungen, betr. die Abstufungen in der Ermächtigung zur Ausübung der Wundarzneikunde, und betr. die Bekanntmachung der revidirten Medizinaltaxe.

Bd. XIX, p. 281—309 überhaupt mehrere bezeichnet haben, so sind das doch nur Einzelheiten, von denen wir wissen, daß sie einer mit neuen Gesetzen und der Arbeit ihrer Ausführung überhäuften Zeit entstammen. Anders ist es aber und schlimmer für den wundärztlichen Stand, wenn nachträglich zur Begründung einer von diesen Erscheinungen seine gesammte Thätigkeit und damit seine ganze rechtliche Stellung bedeutend niedriger aufgefaßt wird, als sie thatsächlich und gesetzlich beschaffen ist. Wir möchten Vieles an diesem Stande anders wünschen; wir verehren auch keineswegs ohne Unterschied, was die G.O. Neues bezüglich der medizinischen Berufsarten gebracht hat. Aber was sie einmal bestimmt hat, das soll doch auch in jedem deutschen Staate gelten und ausgeführt werden; so werden auch die Gebrechen des Gesetzes am schnellsten an den Tag kommen. Fern liegt uns dabei, zu verkennen, daß zu diesen Gebrechen besonders auch der Mangel an präcisem Ausdruck wichtiger Bestimmungen gehört. Was unter „Wundarzt" im §. 29, Abs. 5 zu verstehen ist, das zu deuten erfordert fast die Zuhilfenahme ärztlichen Wissens und wer sich der Ausführung in S. 75—78 anschließt, wird uns vielleicht auch darin beistimmen, daß eine solche nicht hätte nöthig sein sollen.

VII. Die sofortige Beschwerde des Art. 5 Abs. 6 des Gesetzes vom 12. August 1879 betreffend Aenderungen des Landespolizeistrafgesetzes ist binnen der achttägigen Frist bei der erkennenden oder bei der zur Entscheidung über die Beschwerde zuständigen Behörde einzureichen. Durch Einreichung bei der eröffnenden Behörde wird die Frist nicht gewahrt.

Erlaß des K. Verwaltungsgerichtshofes an die K. Kreisregierung in Ulm vom 21. Oktober 1882[1]).

Durch Erlaß vom 21. Oktober 1882 hat der K. Verwal-

1) Die vorstehende Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes wird außer der Reihenfolge der regelmäßigen Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs veröffentlicht, um den in derselben festgesetzten Grundsatz bald möglichst zur Kenntniß der Leser des Archivs zu bringen.

tungsgerichtshof die Beschwerde des Taglöhners J. Gr. von T. gegen das Erkenntniß der K. Kreisregierung vom 22. September, wodurch derselbe wegen ungebührlicher Aeußerungen in der von ihm verfaßten, das Ausweisungsverfahren gegen den Maurer Chr. Kr. von Oberth., OA. R., betreffenden Eingabe an die K. Kreisregierung vom 15. August d. J. auf Grund des Art. 3 des Gesetzes vom 12. August 1879 in eine Haftstrafe von drei Tagen, sowie zu Tragung der Strafvollzugskosten verurtheilt worden ist, wegen Versäumung der Beschwerdefrist, als an den K. Verwaltungsgerichtshof nicht erwachsen, zurückgewiesen. Die Gründe dieser Entscheidung lauten:

In Beziehung auf das Rechtsmittel der Beschwerde gegen gerichtliche Beschlüsse und Verfügungen besagt der §. 348 der Reichs-Strafprozeßordnung im ersten Satze,

> die Beschwerde werde bei demjenigen Gerichte, von welchem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen worden, eingelegt,

und im zweiten,

> sie könne in dringenden Fällen auch bei dem Beschwerde-Gericht eingelegt werden.

Die Vorschrift des ersten Satzes gilt auch für die Fälle der sofortigen Beschwerde des §. 353 der Strafprozeßordnung, dessen Bestimmungen nach Art. 5 Abs. 6 des Gesetzes vom 12. August 1879 auf die Beschwerden gegen von den Verwaltungsbehörden erkannte Ordnungsstrafen entsprechende Anwendung finden, indem gedachter Paragraph, ohne die Behörde zu bezeichnen, bei welcher die Einlegung der Beschwerde zu geschehen habe, lediglich die Frist (von einer Woche) für die Einlegung festgesetzt und dann, im Gegensatze zu der Bestimmung im zweiten Satze des §. 348, nur beifügt, die Einlegung bei dem Beschwerdegericht genüge zur Wahrung der Frist, auch wenn der Fall für dringlich nicht erachtet werde.

Es konnte mithin die Beschwerde gegen das ergangene Straferkenntniß, wenn die Frist gewahrt werden sollte, nur bei der K. Kreisregierung, von welcher solches gefällt worden, oder bei dem Beschwerdegerichte, dem K. Verwaltungsgerichtshofe, eingelegt werden, da die Vorschrift des §. 348 der Strafprozeß-

ordnung, soweit sie nicht durch den §. 353 für sofortige Beschwerden modifizirt erscheint, zu befolgen war.

Die Einlegung ist jedoch, wenn auch innerhalb der einwöchigen Frist, bei dem die Strafverfügung eröffnenden Oberamte Tettnang, sonach nicht in rechtsgiltiger Weise erfolgt und war daher, wie geschehen, zu erkennen.

VIII. Die prozeßualische Vertretung des Reichsfiskus bezüglich des Festungseigenthums.

Erkenntniß des Landgerichts in Ulm vom 20. September 1881, des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 12. Januar 1882, des Reichsgerichts vom 20. Juni 1882.

Im Juni 1881 wurde bei dem Landgericht Ulm durch den Rechtsanwalt Sch. Klage gegen die Wittwe des Dr. L. und den Kaufmann C. E. in Ulm

> „in Vollmacht des von dem Kaiserlichen Kriegsministerium zu Berlin zum Prozesse bevollmächtigten Festungsgouvernements Ulm"

unter Beilegung eines Schreibens des K. Preuß. Kriegsministeriums vom 25. April 1881 erhoben, indem der Kläger im Wesentlichen Folgendes vortrug:

Der Beklagte E. betreibe in dem von der Beklagten L. aus dem Nachlaß ihres Ehemannes in Verwaltung und Nutznießung übernommenen Hause ein Käsegeschäft, wodurch dem neben diesem Hause stehenden Gouvernementsgebäude der Festung Ulm, sowie dem dazu gehörigen Garten Gase und Gerüche in solcher Art und Menge zugeführt werden, daß die Bewohner dieses Gebäudes nach Maßgabe der gewöhnlichen Empfindlichkeit in ihrer Gesundheit fährdet und auch sonst ungewöhnlich beläftigt werden. Demzufolge wurde unter Berufung auf die Württemb. Bauordnung vom 6. Oktober 1872 Artikel 65 beantragt,

1. die Beklagte zu verurtheilen, daß sie kein Recht habe, dem E. den Fortbetrieb des Käsegeschäfts fortan zu gewähren,
2. den Beklagten E. zu verurtheilen, daß er das Käsegeschäft sofort einzustellen habe.

Das Gouvernementsgebäude bildet einen Theil der Festung Ulm linken Ufers.

In der Verhandlungstagfahrt erklärte der Rechtsanwalt Sch., Kläger sei das deutsche Reich, dessen Vertreter in den die Reichsfestungen betreffenden Angelegenheiten das Preußische Kriegsministerium sei, welches durch das Schreiben vom 25. April 1881 das Festungsgouvernement zur Klageerhebung ermächtigt habe.

Von den Beklagten wurde die Einrede mangelnder gesetzlicher Vertretung des Klägers vorgeschützt, da der Reichskanzler, jedenfalls nicht das Preußische Kriegsministerium, den Reichsmilitär-Fiskus zu vertreten habe, und die Einlassung zur Hauptsache verweigert.

Durch Urtheil vom 20. September 1881 hat das Landgericht die gedachte Einrede verworfen, wogegen von den Beklagten Berufung eingelegt wurde.

Die Berufung wurde im Wesentlichen in folgender Weise begründet:

Das preußische Kriegsministerium sei keine Reichsbehörde, keine dem Reichskanzler untergeordnete Behörde, sondern eine Behörde des preußischen Staates. Weder durch Gesetz, wobei der Art. 12 der Württemb. Militär-Konv. vom 21. Nov. 1870, das Festungsrayongesetz vom 21. Dez. 1871, das Reichsgesetz über das Festungseigenthum vom 25. Mai 1873, die Vereinbarung bezüglich der Festung Ulm vom 16. Juni 1874 und die Kaiserl. Verordn. vom 23. Nov. 1874 [1]) angeführt wurden, noch durch Gewohnheitsrecht oder Herkommen [2]) sei die Vertretung des Reichsmilitärfiskus dem preußischen Kriegsminister übertragen. Die Kaiserl. Verordn. vom 23. Nov. 1874 beziehe sich nur auf das preußische Militär. Schon in 4 Fällen habe nach dem Erlaß des preuß. Kriegsministeriums vom 10. Dez. 1881 an das Kaiserl. Gouvernement Ulm [3]) der Reichskanzler als gesetzlicher Vertreter

---

1) Hirth, Annalen von 1874. S. 487; R.G.Bl. S. 135.

2) Laband, Reichsstaatsrecht Bd. 3 Abs. 1 S. 105.

3) Der angeführte, von Seiten des Vertreters des deutschen Militärfiskus zu den Akten gegebene Erlaß des K. Preuß. Kriegsministeriums (Allgemeines Kriegsdepartement), dd. Berlin, 10. Dezember 1881 an das Kaiserliche Gouvernement zu Ulm bemerkt, daß den Ausführungen des

des Militärfiskus fungirt. Es sei überhaupt unklar, ob das preußische Kriegsministerium oder das Gouvernement der Festung

---

Landgerichts in Ulm im Allgemeinen beigetreten werden könne und fährt sodann fort: „Die Annahme der Beklagten, daß zur Vertretung des Reichsmilitärfiskus nicht die Kriegsministerien der Bundesstaaten, sondern nur der Reichskanzler berufen sei, wird allerdings vertreten von Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs Bd. II S. 236. Dieselbe wird aber weder vom Reichskanzler noch von den Bundesstaaten getheilt und steht im offenkundigen Widerspruch mit der konstanten Rechtsübung. Seit Begründung des deutschen Reiches sind alle Verträge über den Erwerb und über die Veräußerung von Grundeigenthum, welches militärischen Zwecken gewidmet werden sollte, bezw. gewidmet gewesen war, und daher entsprechend dem Reichsgesetze vom 25. Mai 1873 in das Eigenthum des Reiches übergegangen war, bezw. überzugehen hatte, von dem Königlich Preußischen oder von dem Königlich Württembergischen oder von dem Königlich Sächsischen Kriegsministerium, nicht aber von dem Herrn Reichskanzler oder dem Reichskanzleramte abgeschlossen worden. Alle Gerichte und Grundbuchämter haben die Befugniß der Kriegsministerien, den Reichsfiskus in Militärangelegenheiten bei Abschluß von Verträgen und vor Gericht selbständig zu vertreten, und zwar in weitaus den meisten Fällen ohne jede Beanstandung, in einzelnen Ausnahmefällen auf Weisung der im Wege der Beschwerde angerufenen höheren Gerichtsinstanz anerkannt. Nur in einem einzigen Falle hat zur Vermeidung von Verzögerungen behufs Berichtigung des Besitztitels im Grundbuche die Bestätigung des Kaufvertrages durch den Reichskanzler erfolgen müssen. Der Herr Reichskanzler hat jedoch in diesem Falle die auf die Autorität von Laband gestützte Ansicht des betreffenden Richters als unrichtig bezeichnet und das Ersuchen ausgesprochen, daß in etwa wiedervorkommenden Fällen nicht nur der Weg der Beschwerde betreten, sondern auch ihm Gelegenheit gegeben werden möchte, sich bei der Beschwerde zu betheiligen. Der angeführte Fall, der ein preußisches Gericht betraf, ist indessen ganz vereinzelt geblieben. Nur die Verträge über die Veräußerung der entbehrlich gewordenen Festungsgrundstücke in Stettin, Straßburg und Köln sind von dem Herrn Reichskanzler abgeschlossen worden. Hierin ist jedoch eine Ausnahme von der Regel nicht zu erblicken, da der Verkauf in diesen Fällen erfolgt ist, nachdem die Militärverwaltung dem Herrn Reichskanzler den Verkauf dieser entbehrlich gewordenen Grundstücke anheimgestellt und sich dadurch der Verfügung über dieselben zu Gunsten der Reichsfinanzverwaltung entschlagen hatte.

Es kann daher auf die amtliche Auskunft des Herrn Reichskanzlers darüber provozirt werden, daß nach konstanter Praxis der Reichsfiskus in allen Verträgen, betreffend den Erwerb und die Veräußerung von Militärgrundstücken, sowie in allen Prozessen, betreffend den militärfiskalischen

Ulm als legitimirt zur Vertretung des Reichsfiskus in der anhängigen Rechtssache betrachtet werden soll. Zudem sei gemäß der Vereinbarung zwischen Preußen, Bayern und Württemberg bezüglich der Festung Ulm, Art. VIII vom 16. Juni 1874 speziell für die die Festung Ulm angehenden Angelegenheiten die Intendantur des K. Preuß. XIV. Armeekorps als Vertreterin bestellt worden, wie auch das K. Württ. Justiz- und Kriegsministerium durch Verfügung vom 16. Dezember 1875

Grundbesitz durch die Kriegsministerien Preußens, Württembergs und Sachsens vertreten worden ist.

Hiemit stimmt es auch überein, daß soweit es zur Vornahme dieser Akte einer generellen oder besonderen Ermächtigung durch den Bundesrath und den Reichstag bedarf, diese Ermächtigung in den für die einzelnen Kontingentsverwaltungen bewilligten Militär-Etats erfolgt. Es ergibt sich hieraus, daß auch die Faktoren der Reichsgesetzgebung mit der Vertretung des Reichsmilitärfiskus durch die Kriegsministerien der Bundesstaaten einverstanden sind.

In diesem Zusammenhange bezweckt die Bezugnahme auf das Verzeichniß der Reichsbehörden vom 23. November 1874, auf §. 42 des Reichsrayongesetzes vom 21. Dezember 1871 und auf §. 8 des Reichseigenthumsgesetzes vom 25. Mai 1873 darzuthun, daß der Gesetzgeber in allen Fällen, in denen er gelegentlich Anlaß hatte, von der Vertretung des Reichsfiskus in Militärangelegenheiten zu sprechen, diese Vertretung als den Kontingentsverwaltungen, bezw. deren Organen zustehend bezeichnet hat.

Es unterliegt daher keinem Bedenken, daß, wenn gerichtsseitig die Befugniß des Gouvernements, selbständig den Reichsmilitärfiskus in Prozessen, betreffend den Schutz des Eigenthums an Festungsgrundstücken, zu vertreten, in Zweifel gezogen wird, die Autorisation zur Prozeßführung nach den bestehenden Ressortverhältnissen nicht vom Reichskanzler, sondern von dem zuständigen Kriegsministerium zu ertheilen war.

Es fragt sich daher nur, welches Kriegsministerium im vorliegenden Falle das zuständige ist, ob das preußische oder das württembergische.

Zur Entscheidung dieser Alternative bedarf es indessen diesseitigen Erachtens nicht der Erörterung über die Befugnisse des preußischen Kriegsministerii, betreffend die gemeinsamen Einrichtungen des Reichsheeres, obwohl auch in dieser Beziehung den Gründendes ersten Richters beigetreten werden kann. Es liegt vielmehr im Art. III Abs. 1 und Art. VIII des Hauptprotokolls dd. Ulm 16. Juni 1874 eine Verständigung der beiden betheiligten Ministerien dahin vor, daß zur Vertretung des Reichsfestungsfiskus, betreffend die Festung Ulm, nicht das württembergische, sondern das preußische Kriegsministerium berufen sein soll."

angeordnet haben, daß sämmtliche aus der Kriegsverwaltung entstehenden Privatrechtsstreitigkeiten von der Intendantur des XIII. (Württemb.) Armeekorps zu vertreten sind. Eventuell, falls nicht der Reichskanzler der gesetzliche Vertreter des Reichsfiskus in der vorliegenden Rechtssache wäre, müßte als solcher die Intendantur des K. Preuß. XIV. Armeekorps bezeichnet werden. Uebrigens habe die von dem Anwalt des Klägers in beglaubigter Abschrift zu den Akten gegebene Vereinbarung über die Festung Ulm, aus welcher der Eingang, sowie die Art. I. III. und VIII verlesen wurden, keine Gesetzeskraft und der Art. VIII [4]) derselben beziehe sich nur auf Etatssachen, nicht auf die Vertretung in Prozessen.

Von Seiten des Vertreters des Klägers und Berufungsbeklagten wurde im Wesentlichen Folgendes erwidert:

Das Gouvernementsgebäude in Ulm stehe im Eigenthum des deutschen Reiches und für den deutschen Reichsmilitär-Fiskus habe das Preuß. Kriegsministerium die Klage erhoben und Prozeßbevollmächtigung ertheilt. Im Allgemeinen werde zugegeben, daß

4) Auszug aus dem Hauptprotokoll der zur Regelung der militärischen und administrativen Verhältnisse der Festung Ulm zusammengetretenen Kommissarien des K. Preußischen, K. Bayerischen und K. Württembergischen Kriegsministeriums dd. Ulm 16. Juni 1874. — Art. I. Die Festung Ulm beider Ufer ist vorbehältlich der Souveränitätsrechte der hohen Territorialherren und der bestehenden Eigenthumsverhältnisse ein einheitlicher Waffenplatz unter einheitlichem Kommando und einheitlicher Verwaltung durch Organe des deutschen Reichs. — Art. III Abs. 1. Der Gouverneur steht direkt unter Sr. Majestät dem Kaiser; wo es dem Dienstgebrauch entsprechend ist, vermittelt das K. Preuß. Kriegsministerium die geschäftlichen Beziehungen. — Art. VIII. Die gesammten persönlichen und sächlichen Ausgabe-Positionen für die Festung Ulm beider Ufer, eingeschlossen die festen Dotirungen für Artillerie und Fortifikation finden in dem preußischen Militär-Etat des Reichs-Haushalts-Etats Aufnahme in der Art, daß der auf Rechnung des Königlich Bayerischen Militär-Etats fallende Antheil in Abrechnung gebracht und in letzterem entsprechend vorgetragen wird. (Zu vergleichen die beigeschlossene Uebersicht der etatsmäßigen Unterhaltungskosten für die Festung Ulm.) Die Verwaltung der gesammten Etatssumme erfolgt durch Vermittlung der Intendantur des Königlich Preußischen 14. Armeekorps Seitens des Königlich Preußischen Kriegsministeriums. An den sich ergebenden Ersparnissen hat Bayern nach Verhältniß seiner Beitrags-Quote Antheil.

die Vertretungsbefugniß des Preuß. Kriegsministeriums für den vorliegenden Fall nicht auf eine spezielle Gesetzesbestimmung gestützt werden könne, aber das Prinzip stehe fest, daß in solchen Prozessen die Kriegsministerien und nicht der Reichskanzler den Reichsmilitär-Fiskus zu vertreten haben. Hiefür werde sich berufen: auf das Festungsrayon-Gesetz von 1871 §. 42, das Reichs-Eigenthumsgesetz von 1873 §. 8 mit der dazu gegebenen Erläuterung der Bundesrathsausschüsse, das Reichs-Beamtengesetz von 1873 §. 159 in Verbindung mit dem Verzeichniß der Reichsbehörden von 1874 und auf Art. 63 der Reichsverfassung. Im Reichskanzleramte bestehe gar keine Abtheilung für Militärsachen und auch die geschichtliche Entwicklung spreche für die Kompetenz der Militärbehörden. Eventuell möge ein amtliches Zeugniß des Reichskanzleramts oder des Reichskanzlers darüber eingeholt werden, daß in allen Angelegenheiten, bei welchen es sich von dem Festungs-Eigenthum handle, lediglich das Preußische Kriegsministerium zur Vertretung berufen sei. Hinsichtlich der Festung Ulm erhelle dies klar auch aus der Konvention von 1874, namentlich aus Art. VIII derselben; diese Konvention habe die Zustimmung aller derjenigen Organe erhalten, welche möglicherweise zur Vertretung des Reichsfiskus hätten berufen sein können. Insbesondere sei dieselbe zur Kenntniß des Reichskanzlers gekommen und von ihm Nichts gegen ihren Inhalt erinnert worden. (Dies wird von dem Anwalte der Beklagten als richtig anerkannt.) Subeventuell werde geltend gemacht und auf ein amtliches Zeugniß des Reichskanzlers provozirt, daß derselbe in allen militärischen, insbesondere in Festungsangelegenheiten das Preuß. Kriegsministerium ein für allemal als seinen Vertreter bezeichnet habe.

Durch das am 12. Januar 1882 verkündete Urtheil des Oberlandesgerichts wurde die Berufung gegen das Urtheil der ersten Civilkammer unter Zurückverweisung der Sache an das Gericht erster Instanz zurückgewiesen, und zwar in folgender Begründung:

Die von den Beklagten erhobene Einwendung der mangelnden gesetzlichen Vertretung des Klägers ist ungegründet.

Als die klagende Partei wurde der deutsche Reichsmilitär-

Fiskus bezeichnet. Als gesetzlicher Vertreter desselben ist das K. Preußische Kriegsministerium aufgetreten und hiezu war diese Behörde befugt.

Mit der Klage wird das Eigenthumsrecht an dem Festungs-Gouvernements-Gebäude in Ulm zu dem Zwecke geltend gemacht, um gegen unbefugte Eigenthumseingriffe der Beklagten Schutz zu suchen. Nach dem Parteivorbringen bildet das erwähnte Gebäude einen Theil der Festung Ulm und befindet sich im Eigenthum des deutschen Reiches (des deutschen Reichsmilitär-Fiskus) [5]).

Zu Vertretung der Eigenthumsrechte an der Festung Ulm ist das K. Preußische Kriegsministerium (Allgemeines Kriegs-Departement) [6]) legitimirt. Denn eine besondere oberste Reichsmilitärverwaltungsbehörde (ein Reichs-Kriegsministerium) existirt nicht und sind vielmehr mit der Leitung der Militärverwaltung die Kriegsministerien einzelner Bundesstaaten, insbesondere das K. Preußische und das K. Württembergische Kriegsministerium (zugleich) als Reichsbehörden betraut worden. Was speziell die auf die Festung Ulm bezügliche Verwaltung angeht, so handelt es sich hier von einer „gemeinsamen Einrichtung des Gesammtheeres" und ist dieselbe, wie sich aus der in anerkannter Gültigkeit stehenden Konvention vom 16. Juni 1874 (Art. I. III. VIII) ergibt, dem K. Preußischen Kriegsministerium übertragen worden [7]).

5) Vgl. Reichs-Eigenthums-Gesetz vom 25. Mai 1873. §. 1. R.G.Bl. S. 113. Laband, Staatsrecht Bd. III S. 76. Zorn, R.Staatsrecht I S. 339.

6) Vgl. Laband a. a. O. S. 106. 107 und v. Rönne, Preuß. Staatsrecht II S. 136. 137. 139.

7) Militär-Konvention zwischen dem Norddeutschen Bunde und Württemberg vom 21. 25. November 1870. Art. 7. 12. 15. Reg.Bl. von 1871 S. 10 ff. Reichsverfassung Art. 8 Z. 1, Art. 61. 63 letzter Absatz, Art. 64. 65 und Schlußbestimmung zum XI. Abschnitt. R.G.Bl. von 1871 S. 68 ff. R.Militär-Pensions-Gesetz vom 27. Juni 1871. §. 114. 116. R.G.Bl. S. 301. 302. R.Festungsrayon-Gesetz vom 21. Dezbr. 1871. §. 42. R.G.Bl. S. 469. R.Eigenthums-Gesetz vom 25. Mai 1873. §. 8. R.G.Bl. S. 115. R.Beamten-Gesetz vom 21. März 1873. §. 144. 151. 153. 159. R.G.Bl. S. 87 ff. Kaiserl. Verordn. vom 23. November 1874 betreffend die Zuständigkeit der Reichsbehörden ꝛc. §. 1. R.G.Bl. S. 135. Angehängtes Verzeichniß der Reichsbehörden (das. S. 136 ff.) I. 1. 3. 5.

Hieraus folgt auch die Befugniß des K. Preuß. Kriegsministeriums in einem Rechtsstreite, welcher den Schutz des Eigenthums an einem zur Festung Ulm gehörigen Gebäude zum Gegenstand hat, den Reichsmilitärfiskus zu vertreten beziehungsweise vertreten zu lassen.

Auf die hiegegen von den Beklagten rechtzeitig eingelegte Revision hat das Reichsgericht für Recht erkannt:

> das Urtheil des zweiten Civilsenats des K. Württ. Oberlandesgerichts zu Stuttgart vom 12. Januar 1882 wird aufgehoben und unter Abänderung des Urtheils des Landgerichts Ulm vom 20. September 1881 die von dem K. Preuß. Kriegsministerium erhobene Klage abgewiesen. Die Kosten aller drei Instanzen hat Kläger zu tragen.

Die Entscheidungsgründe des am 20. Juni 1882 verkündeten Urtheils des Reichsgerichts lauten:

Die Klage ist durch das Königl. Preußische Kriegsministerium Namens des Reichs-Militärfiskus erhoben; sie stützt sich darauf, daß, wie außer Zweifel ist [8]), das Recht des Eigenthums an dem „Festungsgouvernements-Gebäude dem deutschen Reich zustehe, und bezweckt die Beseitigung eines dieses Recht angeblich beeinträchtigenden Zustandes.

Eine besondere oberste Reichsmilitär-Verwaltungsbehörde ist nicht vorhanden. Nimmt man nun auch an, daß die Landeskontingents-Verwaltungen innerhalb ihres Verwaltungskreises ermächtigt seien, die Interessen des Reichs hinsichtlich derjenigen Gegenstände zu vertreten, welche im Eigenthum des Reichs stehen, aber in ihrem Besitz sich befinden, so kann doch aus diesem Grund das Preußische Kriegsministerium zu Erhebung der vorliegenden Klage nicht für legitimirt erachtet werden; denn es handelt sich in diesem Falle um einen Gegenstand, der nicht zu einer Landeskontingentsverwaltung gehört, sondern sich auch im ausschließlichen Besitze des deutschen Reichs befindet. Zu dessen Vertretung ist aber der Reichskanzler oder ein gesetz-

---

II. B. b. III. B. a. 1. 3. IV. A. b. 1. Laband a. a. O. III S. 104. 105. 77. 78. Zorn a. a. O. I S. 341. 342. 303. 304. 340.

8) Vgl. Reichsgesetz vom 25. Mai 1873. §. 1. Reichs-Gesetzblatt S. 113.

licher Stellvertreter desselben (Reichsgesetz vom 17. März 1878, Reichsgesetzblatt Seite 7) berufen, sofern nicht durch besondere Bestimmung diese Vertretung einer bestimmten Behörde übertragen ist. Eine reichsrechtliche Norm, wonach das Preußische Kriegsministerium den Reichsmilitär-Fiskus — sei es allgemein, sei es in denjenigen Angelegenheiten, bei welchen es sich um Eigenthum des Reichs an Festungsgegenständen handelt — zu vertreten hätte, existirt nun aber nicht. Es kann sich daher nur fragen, ob die Legitimation des Preußischen Kriegsministeriums zur Vertretung als Reichsmilitär-Fiskus in dem gegenwärtigen Prozeß sich aus der bezüglich der Festung Ulm zwischen Preußen, Bayern und Württemberg getroffenen Vereinbarung vom 10. Juni 1874 ergibt. Diese Frage muß verneint werden. Für eine reichsrechtliche Norm kann diese Vereinbarung, da ihr die „Gegenzeichnung" des Reichskanzlers fehlt, nicht erachtet werden (Reichsverfassung Art. 17). Außerdem kann aber auch die daraus von der Vorinstanz gezogene Folgerung nicht für richtig erachtet werden. Denn es ist weder in den angezogenen Artikeln I. III. VIII noch sonst in der Vereinbarung eine Bestimmung enthalten, welche einen solchen Schluß rechtfertigen würde.

Da hiernach keine Bestimmung besteht, wonach das Preußische Kriegsministerium für zur Vertretung des Reichsmilitär-Fiskus in gegenwärtigem Prozeß legitimirt erachtet werden könnte, so ergibt sich, daß die vorgeschützte prozeßhindernde Einrede (Civilprozeß-Ordnung §. 247 Ziff. 6) von den Vorinstanzen mit Unrecht und zwar unter Verkennung reichsrechtlicher Normen verworfen worden ist. Somit mußte unter Verfällung der klagenden Behörde in die Prozeßkosten wie geschehen erkannt werden.

IX. Das Absonderungsrecht des §. 44 der Reichskonkursordnung steht der Ehefrau auch im Falle der Anrufung der weiblichen Freiheiten zu.

Erkenntniß des Oberlandesgerichts vom 22. Mai 1882.

In dem Konkurs des Bierbrauers Fr. A. zu Ulm wurde von der K. württemb. Staatsfinanzverwaltung, vertreten durch

das Steuerkollegium, der Betrag von 6628 Mk. 56 Pfg. an rückständiger Malzsteuer und städtischer Bierabgabe mit Vorzugsrecht erster Klasse liquidirt. Forderung und Vorzugsrecht erster Klasse wurden festgestellt. Die Ehefrau des Gemeinschuldners, welche die weiblichen Freiheiten angerufen hatte und zu denselben zugelassen war, nahm jedoch für ihre Beibringensforderung das Absonderungsrecht nach §. 44 der Reichs-Konkurs-Ordnung in Anspruch und erwirkte bei dem K. Landgericht in Ulm ein dasselbe bestätigendes obsiegendes Erkenntniß vom 24. Februar 1882. Die hiegegen von der Staatsfinanzverwaltung erhobene Berufung wurde sodann unter Verurtheilung der Berufungsklägerin in die Prozeßkosten zweiter Instanz durch Erkenntniß der 2. Civilkammer des K. Landgerichts vom 22. Mai 1882 zurückgewiesen. Revision an das Reichsgericht wurde nicht eingelegt. Die Gründe der hiernach rechtskräftig gewordenen Entscheidung des K. Oberlandesgerichts lauten:

I. Die Zurückweisung der Berufung folgt aus den Gründen, welche zufolge eines (aus Anlaß einer früheren Berufungssache der Klägerin gefaßten) Plenarbeschlusses der Civilsenate des Oberlandesgerichts ausführlich dargelegt und im württb. Archiv, Bd. 21. S. 382 ff. veröffentlicht, auch in der gegen die Ausführung im Württb. Gerichtsblatt, Bd. 19 S. 4 ff., S. 36 ff. gerichteten, im Württb. Archiv, Bd. 22 S. 107 ff. enthaltenen Abhandlung des Staatsraths Dr. von Sarwey [1]) weiter erörtert worden sind.

Da beide Parteien wie der vorige Richter sich darauf beschränkt haben, auf die gedachten Deduktionen Bezug zu nehmen, so mag nur Folgendes hervorgehoben werden.

II. Der Plenarbeschluß steht im Einklang mit den dem Württb. Ausführungsgesetz zur Konkursordnung beigegebenen Regierungsmotiven, deren Auffassung von Seiten des anderen Gesetzgebungsfaktors nicht entgegengetreten wurde, wonach man auch von einer zu Gunsten der Ehefrauen etwa herbeizuführenden Aenderung der Landesgesetze Umgang nehmen zu können glaubte.

III. Die württembergische eheliche Errungenschaftsgemein-

1) S. auch Württemb. Archiv Bd. 17 S. 434 ff.

ſchaft und die dieſes Güterrechtsverhältniß ergänzende, als ein Beſtandtheil deſſelben zu betrachtende Rechtswohlthat der weiblichen Freiheiten ſind Inſtitute, die durch württemb. partikuläres Geſetzes- und Gewohnheitsrecht geſchaffen und normirt wurden, weshalb die Natur und die Wirkungen derſelben prinzipiell nach jenen eigenthümlichen Rechtsgrundſätzen beurtheilt werden müſſen [2]).

Schon in alter Zeit waren den Ehefrauen an manchen Orten gewiſſe Vorrechte von beſchränkterer Bedeutung beigelegt worden [3]).

Das II. Württb. Landrecht interpretirten Rechtsgelehrte dahin, daß die Ehefrauen die eheliche Einbuße aus ihrem Sondergute nicht zu decken brauchen [4]) und im Anſchluß an die Vorſchrift des III. Landrechts I. 76, §. 9 bildete ſich nachher durch geſetzlich anerkanntes Gewohnheitsrecht das noch heute beſtehende württemb. Inſtitut der weiblichen Freiheiten [5]).

IV. Die Anſchauung, als ob durch Anrufung der weiblichen Freiheiten die bisherige Errungenſchaftsgemeinſchaft rückwärts in der Art aufgehoben werde, daß rechtlich anzunehmen ſei ſie habe zuvor überhaupt nicht beſtanden, muß nach Württembergiſchem Partikularrecht als ungegründet bezeichnet werden.

1) Die angeführte Meinung iſt ſchon von der neueren württemb. Doktrin (z. B. durch v. Wächter, v. Maudry, Weishaar, v. Hohl, Lang, Stieglitz) als irrig zurückgewieſen worden.

Die Vertreter der gegentheiligen Anſicht räumen auch ſelbſt ein, daß die Ehefrau in Folge der Anrufung (und Geſtattung) der Rechtswohlthat der weiblichen Freiheiten allerdings keine volle „Vermögensreſtitution" erlange, dagegen ſoll die „Errungenſchaftsgeſellſchaft" ſelbſt kraft einer in personam wirkenden Inſtitution, durch welche alſo die Wiederherſtellung eines früher wirklich vorhanden geweſenen, aber verlorenen Rechtszuſtandes auch für den Reſtitutionsgegner herbeigeführt würde, — rückwärts völlig „vernichtet" werden [6]).

2) v. Wächter, Württ. Priv.-Recht I S. 197. 245. 246. 277 Note 40 S. 428. 429. 431. 437. 438. 461. 462.

3) v. Wächter l. c. I S. 202 Note 21, vgl. S. 753 Note 104.

4) Landrechtsakten S. 479. v. Wächter l. c. S. 428 Note 4.

5) v. Wächter l. c. S. 437. 438.

6) Cfr. v. Wächter, Württ. Priv.-Recht II S. 626. S. 627 bei Note 21. S. 847.

Die Richtigkeit dieſer Auffaſſung iſt nicht dargethan worden.

2) Die Ehefrau, welche die weiblichen Freiheiten mit Erfolg anruft, verzichtet auf ihren Antheil an dem vorhandenen Errungenſchaftsvermögen und ihr Ehemann ſukzedirt alsdann in dieſen Antheil. Dafür aber mangelt jede Begründung, daß rechtlich davon auszugehen ſei, der Antheil der Ehefrau an der Errungenſchaft habe dem Ehemann in Wirklichkeit ſchon zur Zeit der Erwerbung der betreffenden Vermögensſtücke eigenthümlich zugehört. Der in Folge der Anrufung der weiblichen Freiheiten erfolgende Uebergang des Eigenthums an der Hälfte des errungenen Vermögens vollzieht ſich zwar im Wege des transitus legalis dominii. Hieraus folgt aber nichts für die Rückwirkung. Damit wird nur ausgedrückt, daß der Eigenthumserwerb auch ohne Beſitzerlangung ſtattfinde, aber ein ſolcher Eigenthumserwerb kann eben ſo gut ex nunc als ex tunc erfolgen und eine Wirkung der letzteren Art ſoll nur ausnahmsweiſe eintreten und tritt z. B. bei dem Rückfall der dos (auch im Falle der Verarmung des Ehemanns) nicht ein [7]).

3) Wenn in Folge der Anrufung der weiblichen Freiheiten die Errungenſchaftsgeſellſchaft in der behaupteten Weiſe rückwärts beſeitigt würde, ſo könnte die Ehefrau auch den landrechtlichen ſogenannten „Voraus" nicht anſprechen. Hervorragende Autoritäten der neueren Zeit (v. Wächter, v. Mandry) haben aber einen ſolchen Anſpruch für begründet erklärt [8]).

4) Falls Ehegatten (ausdrücklich oder ſtillſchweigend) auf die Württemb. Errungenſchaftsgemeinſchaft heirathen, ſo treten ſie dadurch in ein Vertragsverhältniß und ihre auf das Vermögen bezüglichen vielerlei Rechte und Pflichten ſind lediglich als einzelne Ausflüſſe und Wirkungen des geſchaffenen konkreten Rechtsverhältniſſes zu betrachten [9]).

---

7) v. Wächter, Pand. I S. 322. II S. 106. 115. 116. 575.

8) S. auch Stein:Hohl, württemb. Erbrecht §. 225 Z. 4 (cfr. Konk.-Ordn. §. 37).

9) v. Wächter, Württ. Priv.-Recht I S. 803. 804. Bd. II S. 92. 171. 172—174. 177 Note 25. Württ. Landrecht III Titel 8. Württ. Ausführ.-Geſetz zur Konk.-Ordn. Art. 20 Z. 3 und Lang, Württ. Famil.-R. 2. Aufl. S. 399. Vergl. v. Wächter, Pand. II S. 574. 575.

Wird also z. B. von der Ehefrau nach Beginn der auf die Errungenschaftsgemeinschaft geschlossenen Ehe (nach Beschlagung der Decke) die Verwirklichung oder später die thatsächliche Beibehaltung der Errungenschaftsgemeinschaft verlangt oder werden von der Ehefrau die ihr bezüglich ihres Sonderguts oder der Einbuße zukommenden Rechte angerufen, so macht sie damit lediglich von speziellen, ihr auf den Grund der Errungenschaftsgemeinschaft zustehenden vertragsmäßigen Befugnissen Gebrauch. Nicht anders verhält es sich in dem Falle, wenn von der Ehefrau ihre weiblichen Freiheiten angerufen werden. Sie fordert hier nicht die rückwärts eintretende „Vernichtung" des vertragsmäßigen Güterrechtsverhältnisses, sondern sie macht umgekehrt von einem Rechte Gebrauch, dessen Erwerbung und Ausübung die rechtliche Existenz jenes Güterrechtsverhältnisses zur wesentlichen Voraussetzung hat, denn nur auf den Grund einer bestehenden landrechtlichen Errungenschaftsgemeinschaft kommt der Ehefrau das Recht auf die weiblichen Freiheiten (wie die anderen erwähnten Befugnisse) überhaupt zu. Für die Zukunft (wenigstens für die nächste Zukunft) will die Ehefrau die Gemeinschaft allerdings nicht fortsetzen, aber hinsichtlich der Vergangenheit spricht sie nur das vertragsmäßige Recht an, von einzelnen (je nach den Umständen mehr oder weniger zahlreichen) konkret gewordenen nachtheiligen Folgen der bisherigen Gemeinschaft befreit zu werden (indem sie zugleich Rechte geltend machen kann, welche auch einer die Freiheiten nicht anrufenden Ehefrau zustehen), dagegen entschlägt sie sich von jetzt an auch ihres Antheils an dem vorhandenen Errungenschaftsvermögen. Auf den Grund des vertragsmäßigen Güterrechtsverhältnisses sind alsdann dem Ehemann die Aktiven und Passiven des Gemeinschaftsvermögens zuzuscheiden, insbesondere wird auf ihn neben den Sozialschulden die ganze eheliche Einbuße übergewälzt. Die Errungenschaftsgemeinschaft ist also nicht der „bloße historische Anlaß", sondern das rechtliche Fundament der durch sie zur Entstehung gebrachten Sondergutsersatzforderung der Ehefrau und kann man nicht annehmen, daß dieselbe gegen die Eingehung desjenigen Rechtsverhältnisses restituirt werden wolle, welches gerade die wesentliche Grundlage ihrer angesprochenen Rechte bildet.

5) Die Einwendung, der Ersatzanspruch der die weiblichen Freiheiten anrufenden Ehefrau gründe sich nicht auf das Rechtsverhältniß der Errungenschaftsgemeinschaft, sondern auf das Verwaltungsrecht des Ehemanns, ist hienach ohne Belang, wie denn die letztere Befugniß nach württembergischem Rechte (seit dem III. Landrechte) als ein Ausfluß des ehelichen Güterrechtsverhältnisses betrachtet wird [10]).

V. Auch im Falle der Anrufung der weiblichen Freiheiten ist eine Auseinandersetzung der ehelichen Gemeinschaft erforderlich, welche selbstverständlich nicht identisch ist mit einer reellen Vertheilung gemeinsamer körperlicher Sachen, wie auch in anderen Theilungsfällen eine Auseinandersetzung selbst alsdann stattfindet, wenn das aktive Gemeinschaftsvermögen etwa blos in Forderungen bestehen würde, welche als ipso jure getheilt gelten [11]).

Mit der Aufstellung des abstrakten Rechtssatzes, daß im Falle der Anrufung der weiblichen Freiheiten das Errungenschaftsvermögen sammt der Einbuße und den Sozialschulden dem Ehemanne zufalle, wird eine Auseinandersetzung des in der Hand des Ehemannes vereinigten Vermögens so wenig bewirkt, als mit der Hinweisung auf die Existenz der für andere Theilungsfälle gesetzlich geltenden Rechtsnormen. Man muß vielmehr untersuchen und feststellen, wie es sich bei Anwendung der Rechtsvorschriften auf den einzelnen Fall mit den jeweilig vorhandenen konkreten Vermögensstücken und Verbindlichkeiten verhält, welche einzelnen Gegenstände zum Vermögen des Ehemannes und welche zum Vermögen der Ehefrau gehören, insbesondere welche Sondergutsstücke und in welchem Werth sie noch in Natur vorhanden sind, wie es mit der Ersatz- beziehungsweise Schuldenzahlungspflicht bezüglich der einzelnen Sachen und Posten steht, an wen sich also die Gläubiger zu halten haben und welche Vermögenstheile an die Konkursmasse abzugeben sind — Untersuchungen

10) Pfandentwicklungsgesetz vom 21. Mai 1828 Art. 4. Württemb. Archiv Bd. 17 S. 207 und die dort Zitirten. v. Wächter, Württemb. Priv.-Recht I S. 197. 198. 246. 461—464.

11) Stein-Hohl, Württemb. Erbrecht §. 337. Vergl. Dernburg, Preuß. Priv.-Recht III §. 244 nach Note 25.

und Feststellungen, bei denen zwischen den Betheiligten oft recht „Vieles zu erörtern“ ist [12]).

VI. Wenn sonach eine in der ehelichen Errungenschaftsgemeinschaft lebende Ehefrau in Folge des gegen ihren Ehemann eröffneten Konkursverfahrens ihre weiblichen Freiheiten (mit Erfolg) anruft, so wird dadurch nach Württembergischem Partikularrecht der bisherige Bestand der Errungenschaftsgemeinschaft keineswegs rückwärts aufgehoben und erfolgt die Ermittlung der aus dem Errungenschaftsgemeinschaftsverhältniß entsprungenen Sondergutsersatzforderung der Ehefrau, sowie des Antheils des Ehemannes an dem ehelichen Gemeinschaftsvermögen auf den Grund einer zwischen den Betheiligten vorzunehmenden Auseinandersetzung der bisherigen, zur Zeit der Konkurseröffnung bestandenen Errungenschaftsgemeinschaft.

VII. Hienach ist der Beklagten mit Recht das angesprochene Absonderungsrecht zuerkannt worden, welches von der Klägerin mittelst einer Angesichts der Feststellungen der vorigen Instanz unzweifelhaft (und unbestrittenermaßen) statthaften Klage beanstandet wurde.

Am 21. Mai 1878 hat sich die Beklagte mit dem nunmehrigen Gemeinschuldner zu Ulm verehelicht und mit demselben als eheliches Güterrecht die Errungenschaftsgemeinschaft des württembergischen Landrechts vereinbart, kraft welcher die Früchte der Thätigkeit beider Gatten, die Einkünfte aus dem gemeinschaftlichen und Sondervermögen der Gatten, sowie die Zuwendungen und Erwerbungen während der Ehe, andererseits aber auch die zunächst aus der Errungenschaft, eventuell aus den Sondergütern zu bestreitenden ehelichen Ausgaben und Verbindlichkeiten, insbesondere auch die Ersatzpflicht für die durch eheliche Zwecke verbrauchten Sondergutsstücke (in Ermanglung gegentheiliger Vereinbarung) — gemeinsam werden. Die A.'schen Eheleute befanden sich also zur Zeit der am 7. Juli 1881 erfolgten Konkurseröffnung in einem der in §. 44 der Konkursordnung vorausgesetzten (ehelichen) Gemeinschaftsverhältnisse und

12) Vergl. Bolley, 33 Aufsätze S. 320–328. S. auch Dernburg l. c. III §. 32. 244.

gehörte damals jedem Gatten die Hälfte an dem vorhandenen, aus Liegenschaft, Fahrniß, baarem Gelde und Aktivausständen bestehenden Errungenschaftsvermögen [13]).

Die Beklagte hatte gleichfalls Liegenschaft, Fahrniß und Aktivposten beigebracht. Nach Eröffnung des Konkursverfahrens rief dieselbe die weiblichen Freiheiten an und ist ihre Berechtigung hiezu wie ihre Sondergutsersatzforderung allseitig anerkannt worden. Anlangend die letztere, so hatte sich bei der nach der Konkurseröffnung mit dem Konkursverwalter gepflogenen Untersuchung und Auseinandersetzung des Gemeinschaftsverhältnisses [14]) ergeben, daß der größte Theil der zum Sondergute der Beklagten gehörigen Fahrniß und ihre Aktivforderungen während der Dauer der Ehe für Zwecke der ehelichen Gesellschaft aufgebraucht worden waren. Die deshalb von der Beklagten geltend gemachte Ersatzforderung, für welche Befriedigung mittelst Absonderungsrechts angesprochen wird und ein eventuelles Vorzugsrecht des § 54. Nr. 5 der Konk.Ordn. anerkannt ist [15]), gründet sich also dem Ausgeführten zufolge auf das in § 44 der Konk.Ordn. erwähnte Gemeinschaftsverhältniß. Denn nur, weil die Eheleute vertragsmäßig mit einander in dem Güterrechtsverhältniß der Württembergischen Errungenschaftsgemeinschaft (zur Zeit der Konkurseröffnung) gelebt haben, kam der Beklagten nach Württemb. Partikularrecht die Befugniß zu, die weiblichen Freiheiten anzurufen und für ihr zu ehelichen Zwecken verbrauchtes Sondergut in der beanspruchten Weise Ersatz zu fordern. Unter Aussonderung der noch in Natur vorhanden gewesenen Beibringensstücke der Beklagten ist das ganze errungenschaftliche Vermögen auf Grund des bezeichneten Ermittlungsverfahrens dem Ehemann, beziehungsweise dessen Konkursmasse zugewiesen worden und dieser durch die Auseinandersetzung der ehelichen Gemeinschaft dem Landesrechte gemäß ermittelte Antheil des Gemeinschuldners an dem bei der Konkurseröffnung vorhandenen Gemeinschaftsvermögen bildet das Objekt des von der Beklagten beanspruchten Absonderungsrechts.

13) v. Wächter, Württemb. Priv.-Recht I S. 427. 428.
14) Vergl. Konk.-Ordn. §. 113. 114.
15) Vergl. Württemb. Ausführ.-Ges. Konk.-Ordn. Art. 20 Z. 3.

VIII. Kein Gewicht kann auf Gegenargumente gelegt werden, welche folgerichtig dahin führen würden, daß auch den die weiblichen Freiheiten nicht anrufenden Ehefrauen oder sogar anderen Gemeinschaftstheilhabern das Absonderungsrecht des §. 44 der Konkursordnung grundsätzlich zu versagen wäre. Den besonders betonten legislativen Bedenken aber stehen gegentheilige, mindestens gleich gewichtige Erwägungen gegenüber.

IX. Die Beklagte hat nachträglich in II. Instanz noch einen Anstand daraus abgeleitet, daß unter den von dem K. Kameralamt Ulm geltend gemachten Konkursforderungen auch Ansprüche für städtische Bierabgaben enthalten seien. Man kann davon absehen, ob diese Beanstandung für die Beklagte ein praktisches Resultat haben würde; auf diesen Punkt ist schon darum nicht weiter einzugehen, weil die Klage jedenfalls aus den erörterten anderweitigen Gründen abgewiesen werden muß [16]).

X. Aus der Zurückweisung der Berufung folgt die im Kostenpunkte getroffene Verfügung.

16) Vergl. auch Konk.-Ordn. §. 133.

Zum Andenken

an

Franz Ph. Fr. v. Kübel.

I.

Die Redaktion des Württemb. Archivs hat die schmerzliche Pflicht, das vorliegende Heft, das erste, welches seit dem am 4. Januar 1884 erfolgten Hinscheiden des Senatspräsidenten, des K. Württ. Oberlandesgerichts, Dr. Fr. Ph. Fr. v. Kübel erscheint, mit einem Nachruf an den verdienstvollen Mitherausgeber der Zeitschrift zu beginnen. Niemand kann den schweren Verlust, welchen die Württembergische und ohne Bedenken darf gesagt werden, die deutsche Rechtswissenschaft und Rechtsprechung durch den Tod Kübels erlitten hat, tiefer und schmerzlicher empfinden, als der Unterzeichnete, welchem unter den damaligen Verhältnissen die Fortsetzung des von seinem Oheim, dem Obertr.-R. Sarwey gegründeten Archivs nur durch den mit dem zweiten Band im Jahr 1858 erfolgten Eintritt Kübels in die Redaktion ermöglicht wurde. In dieser langen Zeit, in welcher die Redaktion des Archivs von beiden Herausgebern unter wechselnder aktiver Theilnahme je nach ihren Verhältnissen geführt wurde, hat nie der Schatten einer Uneinigkeit die gemeinsame Arbeit gestört, und der Unterzeichnete hat es bei dem Ende dieser 25jährigen gemeinsamen Thätigkeit als ein Glück zu rühmen, daß es ihm vergönnt war, durch dieselbe zu dem um mehrere Jahre älteren Mitarbeiter in ein wahrhaft freundschaftliches Verhältniß treten zu dürfen. In diesen Gefühlen dankbarer Freundschaft mag seine Legitimation zu dem Versuche gefunden werden, mit einigen Worten durch einen Rückblick auf die amtliche und literarische Thätigkeit des hingeschiedenen Freundes sein Andenken zu ehren. Eine kurze Lebensbeschreibung, welche der in den Beruf des Vaters eingetretene Sohn, gestützt auf dessen Aufzeichnungen

der Redaktion auf ihren Wunsch zu überlassen die Freundlichkeit hatte, schließt sich an.

Die Persönlichkeit Kübels nach ihrer öffentlichen Wirksamkeit im Amte und in ihrer literarischen Thätigkeit wird überall, wo er gekannt war und in seinem Wirken beobachtet wurde, den Eindruck hinterlassen haben, daß er, der Sohn eines Juristen, zum Juristen ebenso geboren, wie erzogen und durchgebildet war, zum Juristen jedoch nicht in der schlimmen Nebenbedeutung einer trockenen, kalten, gegen allgemeine menschliche Verhältnisse und Freuden sich abschließenden Natur, sondern in der besten Bedeutung des Wortes. Er war mit einem scharfen, den Dingen überall auf den Grund gehenden Verstand von der Natur begabt, ein Mann des objektiven, durch keine persönlichen Eindrücke bestimmbaren Urtheils, gewissenhaft in der Pflichterfüllung, erfüllt von einem strengen Rechtssinn und doch mild und langsam abwägend in seinen Urtheilen. Aus dieser letzteren Eigenschaft erklärt sich wohl auch, daß er im persönlichen Verkehr, zumal mit Fernerstehenden eher schweigsam und zurückhaltend erschien. Vielleicht trug hiezu auch die natürliche Neigung und Gewohnheit der Schwaben bei, sich vorsichtig abzuschließen und nicht leicht aus sich herauszugehen. Kübel war eine Natur von ausgeprägtem schwäbischem Wesen. Uebrigens sprach Kübel, wenn er eine einmal festgestellte Ansicht zu vertreten hatte, ebenso fließend und korrekt, wie er schrieb. Neben diesen geistigen Grundanlagen war ihm eine seltene Willenskraft eigen, welche kein Hinderniß kannte, wenn es galt, dem Berufe und einer Aufgabe, die er sich gestellt, zu genügen, welche in der Erreichung des gesteckten Ziels sich niemals und durch keine nebensächlichen Interessen stören ließ. Daß sich mit diesen Eigenschaften, welche nach Außen mehr hervortraten, ein reiches Gemüthsleben verband, wissen Alle, welche ihm persönlich nahezutreten das Glück hatten und durften vor allem seine Familienangehörigen erfahren, wie auch von dem seinem weiteren Familienkreis angehörigen Geistlichen, welcher an seinem Grabe sprach, bezeugt wurde.

Einem Manne dieser Art konnte es nicht fehlen, daß er, nachdem er in die Richterlaufbahn eingetreten war, bald ein hochangesehenes und hervorragendes Mitglied des Richter-

standes wurde. Die äußeren Umstände waren ihm dabei günstig. Noch verhältnißmäßig jung, wurde Kübel, welchem schon während seiner Lehrjahre in der kurzen Laufbahn als Gerichtsaktuar und Hilfsarbeiter des Gerichtshofs in Eßlingen Anerkennungen zu Theil geworden waren, in das höchste Württemb. Landesgericht, das damalige Obertribunal, berufen. Hier, als Mitglied des Civilsenats, hatte er den Vortheil, in der gemeinsamen Arbeit mit älteren und bedeutenden Kollegialmitgliedern, Harpprecht, Neidhard, Pfizer, Sarwey, v. Sternenfels u. A., die beste Schule des höheren Richteramts zu durchlaufen. Von seiner Berufung an wurde übrigens von seinen älteren Kollegen, wie der Verfasser selbst von einem derselben öfters hörte, ebenso seine seltene Arbeitskraft, wie die Schärfe und Zuverläßigkeit seines juristischen Urtheils im vollen Maße gewürdigt. Wenn der in dieser strengen Schule herangewachsene, talentvolle Jurist, welcher an sich selbst und seine Leistungskraft stets die höchsten Forderungen zu stellen gewöhnt war, in der Folge, als er zum Vorstand des Civilsenats des Obertribunals berufen war, ebensolche Anforderungen an seine Kollegen stellte und wenn er hiebei nicht immer beachtete, daß das seltene, ihm zu Theil gewordene Maß von Selbstentsagung und Arbeitskraft nicht von Jedem gefordert werden kann, so mag dieß zuweilen unbequem gewesen sein. Gewiß aber hat ihn sein strenger Rechtssinn dagegen geschützt, daß ihm sein Verhalten jemals verübelt worden wäre. Jedenfalls ist die Auktorität, welche die Civilrechtsprechung des Obertribunals in allen Juristenkreisen gefunden hat, zu einem guten Theil auch sein Verdienst.

Eine solche hervorragende Richterlaufbahn von nahezu 40 Jahren wäre für sich allein als die Erfüllung einer vollen Lebensaufgabe der höchsten Anerkennung werth. In dem arbeitsamen und reichen Leben Kübels bildete sie jedoch zugleich die Grundlage, gewissermaßen den fruchtbaren Boden, aus welchem noch glänzendere und längerdauernde Früchte erwuchsen, seine literarische Thätigkeit und seine erfolgreiche Theilnahme an den zwei deutschen Gesetzgebungskommissionen, deren erste zur Bearbeitung eines deutschen Obligationenrechtes von dem Bundestag, jedoch ohne Theilnahme Preußens, nach Dresden berufen war und deren zweite, zur Ausarbeitung des deutschen

bürgerlichen Gesetzbuchs von dem Bundesrath des deutschen Reichs nach Berlin einberufen noch heute und wohl noch lange in Thätigkeit ist.

Werfen wir zunächst auf diese legislativen Arbeiten, zu welchen Kübel berufen war, einen Blick, so muß es schmerzlich empfunden werden, daß es ihm nicht vergönnt war, das Reifen und die Ernte der Früchte zu erleben, für deren Entwicklung er seine Arbeitskraft und zweifellos auf Kosten seiner Gesundheit eingesetzt hatte. Der von der Dresdener Kommission ausgearbeitete und in diesem Archiv nach den Beschlüssen erster Lesung [1]) veröffentlichte, auch später im Separatabdruck [2]) erschienene Entwurf eines allg. d. Gesetzes über die Schuldverhältnisse blieb, wie bekannt, Entwurf. Der hervorragende Antheil, welchen K. an dieser Arbeit hatte, ist dadurch bezeichnet, daß er in der Kommission selbst mit dem Referate beauftragt war. Doch war auch diese unvollendet gebliebene Arbeit nicht vergeblich. Sie wurde von der Wissenschaft beachtet und ihr verdankte Kübel wohl zunächst seine Heranziehung zu den legislativen Arbeiten, welche in dem deutschen Reiche wenige Jahre später aufgenommen wurden. Es wurde als eine glückliche Wahl und als die gerechte Anerkennung der hervorragenden Bedeutung Kübels als des auf der Höhe der Wissenschaft stehenden erfahrenen Richters allerseits mit Freuden begrüßt, daß Kübel auf den Vorschlag der Württ. Regierung von dem Bundesrath in die am 1. März 1874 in Berlin zusammengetretene sg. Fünferkommission für Aufstellung von Plan und Methode zur Ausarbeitung des bürgerlichen deutschen Gesetzbuchs, sodann in die Gesetzgebungskommission selbst und von dieser zum Redaktor derselben für das Obligationenrecht berufen wurde. Wie bekannt, konnte die erste Lesung dieses Theils des Gesetzbuchs noch unter Mitwirkung Kübels zu Ende geführt werden. Wenn Kübel in diesem neuen Wirkungskreis, welcher seine Uebersiedlung nach Berlin zur Folge hatte, nicht immer die volle Befriedigung fand, welche ihm sonst seine Berufsarbeiten gewährten, so mögen hiezu

1) Württ. Arch. B. 7 (1864) S. 115 ff. B. 8 (1865) S. 226, 232.

2) B. Franke, Entw. e. allg. D. Gesetzes über Schuldverhältnisse, bearb. v. den durch die Regierungen von Oesterreich, Bayern, Sachsen, Württemberg u. s. f. abgeordneten Kommissaren und im Auftrage der Kommission herausgegeben, Dresden, 1866.

Digitized by Google

die körperlichen Leiden, mit welchen er mehr und mehr zu kämpfen hatte, beigetragen haben. In einem Briefe an den Verfasser vom 20. Okt. 1879 beklagte sich Kübel über die „gedrückte und mißmuthige Stimmung", welche er nicht mehr „loswerden könne" und welche „ihm die Freudigkeit raube und die Schaffenskraft lähme." Auch in einem späteren Briefe fand diese Stimmung Ausdruck. „Wer weiß, schreibt K., ob ich die Einführung (des Gesetzbuchs) erlebe. Ich zweifle. Das Säen gewährt wenig Befriedigung, wenn man keine Aussicht hat, die Früchte sehen zu dürfen. Ich vermisse den einstigen Wirkungskreis und die unter viel Mühe und Arbeit errungene Stellung." Gleichwohl überwand seine seltene Willenskraft die körperlichen Leiden und die hiemit verbundene trübe Stimmung siegreich und gerade in den letzten Jahren seines Lebens, je näher seine besondere Aufgabe ihrem Abschluß kam, scheint nach einzelnen Aeußerungen die Freude an derselben zurückgekehrt zu sein. Der Verfasser steht den Verhältnissen zu fern, um sich über die Verdienste Kübels als Mitglied der Deutschen Gesetzgebungskommission ein Urtheil erlauben zu dürfen. Er zweifelt jedoch nicht, daß Alle, welchen ein Einblick in die Abhandlungen zu Theil wurde, die K. zu den wichtigsten Prinzipienfragen des Obligationenrechts der Kommission übergeben hat, die Fülle des Wissens, die Gedankenschärfe und die strenge, sich selbst niemals genügende Gewissenhaftigkeit anerkennen werden, welche in diesen Arbeiten erkennbar ist. Auch ein den Verhältnissen näherstehender Freund Kübels schreibt in einem in dem Schwäb. Merkur erschienenen kurzen Nachruf, daß Kübel von dem Präsidenten der Kommission, wie von den Mitgliedern derselben besondere Beweise der ausgezeichneten Liebe und Anerkennung gegeben wurden, welche er bei denselben genoß und daß sich bei seinem Hingang die Theilnahme der Kommission über den ihr widerfahrenen Verlust in einem ebenso die Kommission als den Geschiedenen hochehrenden Maaße ausgesprochen hat. Was auch aus den weiteren Arbeiten der Kommission hervorgehen mag, die württembergischen und die deutschen Juristen werden der Mitarbeit Kübels stets eingedenk bleiben.

Ein nach außen vielleicht schärfer hervortretendes, bleibendes

Verdienst um das deutsche Rechtsleben hat sich Kübel durch seine literarische Thätigkeit erworben. Schon seine erste literarische Arbeit, die im Jahre 1841 in lateinischer Sprache zur Erwerbung der Würde eines Doktors beider Rechte veröffentlichte Dissertation „De dotis fructibus soluto matrimonio dividendis" (Tübingen, 65 S.) läßt den scharfsinnigen in der strengen Methode der römischen Juristen geschulten Zivilisten erkennen. Seine folgenden literarischen Arbeiten bewegen sich mit wenigen Ausnahmen durchaus auf dem Gebiete des geltenden gemeinen und Württembergischen Privatrechts und des Prozesses, haben jedoch ebendarum einen um so höheren Werth für die Rechtsanwendung. Es waren zunächst Württembergische Zeitschriften, welchen K. seine literarische Thätigkeit zugewendet hat. Bald nach seinem Eintritt in das Obertribunal begann er mit Beiträgen für die von Obertr.-R. Sarwey herausgegebene Württ. Monatschrift für die Justizpflege, in deren zwanzigstem Band außer einem Aufsatz über die Verpflichtung des Zehntherrn zur baulichen Erhaltung und Herstellung des Kirchthurms eine größere Arbeit, Beitrag zur Lehre vom Irrthum und von der condictio indebiti, erschien, welche in der bescheidenen Form von Anmerkungen zu den mitgetheilten Entscheidungen eine wissenschaftliche auch von den Pandektisten beachtete Revision dieser Lehre enthält. Was Kübel für dieses Archiv geliefert hat, umfaßt vom zweiten bis siebzehnten Band mehr als die Hälfte des Gesamtinhalts dieser Bände. Bis dahin war es namentlich die gesamte Civil-Rechtsprechung des Obertribunals, welche K. in fortlaufenden Mittheilungen der Oeffentlichkeit übergab. Die formelle Behandlung dieser Mittheilungen ist als eine mustergiltige anerkannt. Außerdem sind zahlreiche Abhandlungen über einzelne Fragen des Civilrechts aus der Feder Kübels in dem Archiv erschienen, von welchen hier nur einige der bedeutendsten besonders erwähnt werden. Der Aufsatz „Zur Lehre von der kirchlichen Baulast unter Vorausschickung der Grundsätze über die Kompetenz bei Baulaststreitigkeiten" (B. II S. 1 ff.), hat das in Württemberg in dieser verwickelten Lehre geltende Recht erstmals zusammengestellt und nahezu die Auktorität einer Kodifikation desselben erlangt. In dem III. Bd. hat K. die Legitimation von im Ehebruch erzeugten

Kindern durch landesherrliches Reskript, im IV. Bd. den Einfluß der Rechtskraft der Entscheidungsgründe auf die Appellabilität, im V. Bd. die Lehre vom Domizilwechsel, im VI. Bd. die Zessibilität litigiöser Forderungen, die Form der Schenkung von Todeswegen nach Württ. Recht, im IX. Bd. die Einwendungen der Bürgen aus Versäumnissen des Gläubigers, im X. Bd. den Gegenbeweis gegen die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft, im XI. Bd. die illiquide Kompensationseinrede, den Begriff der gemeinen Anweisung, eine Frage aus der Lehre von den Testamenten, im XII. Bd. die Anerkennungsklage nach der Württ. C.P.O. von 1868, im XIV. Bd. die Solidarhaft mehrerer Auftraggeber aus den Handlungen des Bevollmächtigten behandelt. In den späteren, nach der Uebersiedlung Kübels nach Berlin erschienenen Bänden sind nur drei, durch die Arbeiten für die deutsche Gesetzgebungskommission veranlaßte größere Abhandlungen, „Zur Frage der gesetzlichen Regelung der Tragung der Gefahr beim Kauf", „zu der Lehre von den sg. Verträgen zu Gunsten Dritter" (B. XIX, 1878) und „die Gewährleistung beim Viehhandel" (B. XXI, 1880), von ihm veröffentlicht. Im Jahre 1869 hatte Kübel das Württembergische Gerichtsblatt gegründet. Diese unter Mitwirkung des K. Württ. Justizministeriums herausgegebene Zeitschrift, in der Form zwangloser monatweise erscheinender Hefte (Nummern), war aus Anlaß der württembergischen Justizorganisation vom Jahre 1868 für die sofortige Veröffentlichung der ergehenden Verfügungen und die alsbaldige Besprechung der zeitlichen Fragen der Praxis bestimmt, um ein Bedürfniß des Rechtslebens zu befriedigen, welchem das Württemb. Archiv nach seiner ganzen Einrichtung nicht entsprechen konnte. Das Württ. Gerichtsblatt hat in seinen einundzwanzig bis zum Tode des verdienstvollen Herausgebers erschienenen Bänden die ihm gestellte Aufgabe glänzend erfüllt. In den zahlreichen ihm aus allen Kreisen des Württ. Richterstandes zugegangenen Mittheilungen, welchen K. nicht selten seine eigenen, stets wohlerwogenen und treffenden Bemerkungen beigefügt hat, ist eine Fülle von Entscheidungen, von Auslegungsmaterial und praktischen Untersuchungen, namentlich aus dem Gebiete des Zivil- und Strafprozesses, sowie des Strafrechts niedergelegt, wovon ein großer Theil, auch nach Einführung der deutschen Justizgesetze noch seinen

Werth für den Praktiker hat. Wenn dieses dem unmittelbaren, durch die württembergische und die spätere deutsche Justizreform hervorgerufenen Bedürfnisse der Gerichte und Rechtsanwälte dienende Blatt nicht weiter erscheint, nachdem das K. Justizministerium die Ausgabe eines besonderen Amtsblatts beschlossen hat, so kann man sich hiebei wohl im Hinblick darauf beruhigen, daß für die Anwendung der Reichsjustizgesetze ein reiches Material auch durch andere Publikationen geboten ist und daß, soweit noch ein Bedürfniß für Veröffentlichungen aus dem Gebiete des Prozeßrechts vom besondern Württemb. Standpunkt aus besteht, hiefür dieses Archiv und die Zeitschrift für freiw. Gerichtsbarkeit von Herrn L. G. Präs. v. Boscher zur Verfügung stehen.

Die Mitarbeiterschaft Kübels wurde auch von andern Zeitschriften gesucht. Längere Zeit hat Kübel für das Archiv der Entscheidungen der obersten Gerichte von Seuffert die Entscheidungen des Württ. Obertribunals bearbeitet. Die Zeitschrift für öffentliches Recht von Hartmann und die Zeitschrift für Versicherungswesen von Malß haben ihn zum Mitarbeiter gewonnen. In der letztern ist eine bedeutende und umfassende Arbeit Kübels, über die Verhandlungen der Dresdener Kommission hinsichtlich des Versicherungsvertrags veröffentlicht.

Man wird keinen Widerspruch zu befürchten haben, wenn man von diesen sämmtlichen Arbeiten Kübels rühmt, daß sie durch eine vollständige Beherrschung des Stoffs, durch eine seltene, keine Erscheinung übersehende Kenntniß der Literatur, durch Schärfe des Urtheils, eine streng wissenschaftliche, doch das Bedürfniß des Rechtslebens gleichmäßig berücksichtigende Methode und eine nie versagende Eleganz der Darstellung ausgezeichnet sind. Diese fruchtbare Thätigkeit auf dem literarischen Gebiet neben den die Kraft eines Arbeiters in vollem Maß in Anspruch nehmenden amtlichen Aufgaben, war Kübel, wie in dem in dem Schwäb. Merkur vom 16. Jan. 1884 erschienenen Nekrolog hervorgehoben und hier zum Abschluß dieses Lebensbildes zu wiederholen ist, nur möglich durch eine minutiöse Ausnützung seiner Zeit und durch den Verzicht auf Erholungen, welche andere im geselligen Verkehr und in Ferienreisen suchen. K. fehlte der Sinn für geselligen und feineren Lebensgenuß nicht, aber zum Zweck der Er-

reichung seiner ernsten Lebensaufgaben versagte er sich in den Jahren des kräftigsten Mannesalters und noch später in einer Zeit, in welcher dieß nicht ohne Nachtheil für den Körper geschehen konnte, selbst die täglichen Erholungsstunden. Der frühe Morgen und der späte Abend fanden ihn an der Arbeit. Die deutschen und vor allem die württembergischen Juristen werden ihm ein dankbares Andenken bewahren und sein Name wird stets neben den bedeutenden Juristen Deutschlands mit Ehren genannt werden.

Sarwey.

II.

Es ist dem Sohne vergönnt, in dieser Zeitschrift zum Gedächtniß des verewigten Vaters im Anschluß an den Nachruf der Redaktion den äußeren Gang seines Lebens und Wirkens zu schildern und ein Bild des Mannes zu geben. Ist auch begreiflich genug die Feder des Sohnes von kindlicher Pietät geleitet, so wird jene doch nirgends zu viel thun müssen, um dieser Pietät gerecht zu werden.

Franz Philipp Friedrich Kübel wurde geboren zu Tübingen am 19. August 1819 als ältester Sohn des weiland Oberjustizprokurator Kübel daselbst. Aufgewachsen in dem Geist und Gemüth anregenden, gastfreien Elternhause, besuchte er das Gymnasium seiner Vaterstadt und erlangte vor andern, schon im Alter von 17 Jahren, das Zeugniß der Reife zur Universität. Am 25. April 1836 erfolgte die Immatrikulation an der Landesuniversität als Studirender der Rechtswissenschaft. Nach Ablauf eines nur dreijährigen, in Tübingen absolvirten, Studiums erstand er im Dezember 1839, also im Alter von 20 Jahren, erfolgreich die erste höhere Justizdienstprüfung. Doch nicht zufrieden mit dem Erfolge (schon hier bekundet sich die kein Hemmniß in der eigenen Kraft anerkennende Willensenergie), wiederholte er nach wenigen Wochen zum Zwecke späterer Erlangung der Doktorwürde die schriftliche Prüfung in einer Weise, welche der Fakultät zum Dispens von jeder weiteren mündlichen Prüfung Veranlassung gab. Während seiner Dienstprobezeit als Justizreferendär beschäftigte er sich mit Abfassung der

Inauguraldiſſertation „De dotis fructibus soluto matrimonio dividendis“, eine Arbeit, in welcher ſich nach dem Urtheile ſeines damaligen Lehrers Mayer „volle Sachkenntniß, Gründlichkeit, Vertrautheit mit der Literatur und eine ſorgfältige und gewiſſenhafte Behandlung der Quellen“ zu erkennen gibt. Am 31. Dez. 1840 erfolgte ſodann die Ertheilung des Diploms eines Doktor beider Rechte und im Juni 1841 war auch die zweite höhere Juſtizdienſtprüfung erfolgreich beſtanden. Sofort wurde nun Kübel mit Verſehung der Gerichtsaktuarsſtelle in Hall beauftragt und im Juli 1842 zum Gerichtsaktuar in Mergentheim ernannt, jedoch im Dezember deſſelben Jahres auf die Bitte des Oberamtsrichters v. Malblanc wieder nach Hall verſetzt. Die Erfolge, welche der junge Aktuar ſchon damals als praktiſcher Juriſt zu verzeichnen hatte, ſind dokumentirt in Belobungen, welche ihm anläßlich ſeiner Thätigkeit als Unterſuchungsrichter, ſowie anläßlich der Viſitation des Oberamtsgerichts in Bezug auf ſeine geſammte amtliche Thätigkeit von dem Gerichtshofe in Ellwangen zu Theil wurde. Im November 1846 wurde er in die Civilkammer des Kreisgerichtshofes in Eßlingen berufen und im Oktober 1847 zum Oberjuſtizaſſeſſor daſelbſt ernannt. Am 21. Juni 1848 erfolgte ſeine Einberufung in die Civilkammer des K. Obertribunals, welchem er mehr denn 35 Jahre bis zu ſeinem Tode angehört hat. Von 1850 bis 1861 war Kübel dem Generalſtaatsanwalt als Stellvertreter beigegeben und 1851 wurde er in den ehegerichtlichen Senat des Obertribunals berufen. In demſelben Jahre begann auch ſeine, nachmals ſo ausgedehnte, literariſche Thätigkeit, indem er auf Erſuchen des Obertribunalraths Sarwey Beiträge für die „Monatſchrift für die Juſtizpflege“ lieferte. Im Oktober 1852 wurde er zum Oberjuſtizrath bei dem Kreisgerichtshofe in Eßlingen befördert, jedoch in ſeinem Dienſtverhältniſſe beim Obertribunal belaſſen, wie dies auch ſpäter geſchah, als er 1856 auf dem Papiere zu dem Gerichtshofe in Ulm verſetzt wurde. Auch mit den Funktionen eines Schwurgerichtspräſidenten in Eßlingen war er 1855 vorübergehend betraut. Im Jahre 1858 übernahm er die Mitredaktion dieſer Zeitſchrift, 1859 die Mitarbeiterſchaft bei dem Seuffert'ſchen Archiv und es iſt in der Folgezeit

seine Mitarbeiterschaft von vielen anderen Zeitschriften gesucht und in Anspruch genommen worden. Im Mai 1861 wurde er zum Obertribunalassessor ernannt und nun folgte zum Ende des Jahres 1862 die Dresdener Mission. Die K. Württ. Regierung deputirte Kübel in die von dem deutschen Bundestage zu Frankfurt zum Zwecke der Ausarbeitung des Entwurfes eines Gesetzes über Obligationenrecht niedergesetzte Kommission, welche im Januar 1863 in Dresden zusammentrat und bis zum Ausbruch des Krieges im Juni 1866 daselbst tagte. Die hervorragende Mitwirkung Kübels bei den Kommissionsarbeiten hat von Seiten Württembergs durch König Wilhelm wie durch das Justizministerium die ehrenvollste Anerkennung gefunden, wovon eine große Reihe von Dokumenten glänzendes Zeugniß gibt. Auch erfolgte während dieser Zeit seine Ernennung zum Obertribunalrath. Oesterreich, Sachsen und Hessen ehrten die Verdienste Kübels als Mitglied der Dresdener Kommission durch Verleihungen hoher Orden. So kehrte er denn im August 1866 nach Stuttgart zurück, um nun seine ganze Kraft wieder dem heimischen Dienste zu widmen. Von 1866 bis 1874 war er in der Justizdienstprüfungskommission als Examinator thätig und wurde auch während dieser Zeit als Regierungskommissär zur ersten höheren Justizdienstprüfung nach Tübingen entsandt. Seine Thätigkeit als Mitglied und Vorstand mehrerer Schiedsgerichte fällt gleichfalls in diese Periode. Das Anerbieten einer Direktorsstelle in Rottweil hat er nach längerem Schwanken schließlich aus Rücksichten für seine Familie abgelehnt. Im Jahre 1869 gründete er unter Mitwirkung des K. Justizministeriums das Württ. Gerichtsblatt und so hatte er nach und nach eine Geschäftslast sich aufgebürdet, deren Bewältigung fürwahr auf der Grenze des Menschenmöglichen stand, wie denn auch unter den Juristen Württembergs Kübels Fleiß eine sprichwörtliche Bedeutung erhielt. Um jene Zeit schreibt Karl Georg Wächter in einem Briefe: „Ich staune über Ihre Hingebung und Arbeitskraft, mit welcher Sie neben Ihren vielen Berufsarbeiten die Herausgabe zweier Zeitschriften und die Bereicherung derselben mit wichtigen eigenen Arbeiten bewältigen. Von Herzen wünsche ich im Interesse der Praxis und der Wissenschaft, daß diese Kraft Ihnen für ein langes

Leben erhalten werden möge.“ Im Februar 1871 wurde Kübel zum Obertribunaldirektor und zweiten Vorstand der Civilkammer, in demselben Jahre zum ersten Vorstand und daneben zum Vorstand des Landesoberhandelsgerichts ernannt. Die von Kübel als Vorstand der Civilkammer entwickelte „außerordentliche und erfolgreiche Thätigkeit“ fand insbesondere auch durch Verleihung des Kommenthurkreuzes des Kronordens die Allerhöchste Auszeichnung. Sein Auftreten in der Presse zur Abwehr gegen Angriffe auf Württembergische Gesetze und Einrichtungen, worüber Näheres in den nachgelassenen Papieren enthalten ist, mag hier nur angedeutet werden. Im Oktober 1872 wurde Kübel mit dem Vorsitze einer Kommission zur Begutachtung des Antrags Lasker und Gen. auf Erweiterung der Kompetenz der Reichsjustizgebung betraut und im März 1874 vom Bundesrath in die sog. Fünferkommission für Aufstellung von Plan und Methode zur Ausarbeitung eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs berufen, welche Kommission im März und April desselben Jahres zu Berlin unter seiner Mitwirkung tagte. Im Juli erfolgte sodann seine weitere Berufung zur Ausarbeitung des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs, welche im September in Berlin zusammentrat. Von der Kommission zum Redaktor des Obligationenrechtes erwählt, hatte er seinen ständigen Aufenthalt nach Berlin zu verlegen, wohin ihm 1876 die Familie folgte. Im März 1877 wurde ihm der Titel und Rang eines Vicepräsidenten verliehen. Das Jahr 1879 brachte ihm die Designirung zur Stelle eines Senatspräsidenten am Reichsgericht, sein Posten in der Kommission verbot jedoch ein weiteres Eingehen auf den ehrenvollen Antrag und so hat denn mit seiner Ernennung zum Senatspräsidenten des K. Oberlandesgerichts seine amtliche Laufbahn ihren Abschluß gefunden.

Erwähnung mag hier noch das Wirken Kübel's auf dem Gebiete der öffentlichen Wohlthätigkeit finden. Zunächst ist sein Verdienst um die Konstituirung und Organisation des Württ. Landesvereins der Kaiser Wilhelmsstiftung für deutsche Invaliden zu nennen. Seit 1871 war er Vizepräsident des Verwaltungsraths und des Landesausschusses, seit 1874 Mitglied des Gesammtvorstandes der Kaiser Wilhelmsstiftung in Berlin. Weiter

aber ist nicht zu vergessen seine im Jahre 1869 veranstaltete Sammlung für die Hinterbliebenen der im Plauen'schen Grunde bei Dresden verunglückten sächsischen Bergleute. Seine Anhänglichkeit an das während dreijährigen Aufenthalts ihm liebgewordene Sachsen war ihm ein weiterer Impuls zu dem Liebeswerk, das er mit gewohnter Energie in Angriff nahm. Sein geachteter Name, seine herzbewegenden Aufrufe, seine musterhafte Organisation der Sammlungen führte zu einem Erfolge, den er selbst nicht im Entferntesten erwartet hatte, so daß er nahe an 22000 fl. nach Dresden absenden konnte. Die dankbare Anerkennung vornehmlich auch des Königs Johann von Sachsen ist in zahlreichen Dokumenten niedergelegt.

Ueberblickt man dieses reiche Leben, dessen Umrisse hier gezeichnet sind, so wird man leicht ermessen, welche Summe von Arbeit darin enthalten ist, eine Arbeit, welche nichts anderes war als eine Konsequenz der Kraft, eine aus dem innewohnenden Arbeitsdrange sich ergebende Nothwendigkeit. Darum war es auch weder ihm selbst noch Andern möglich, Einhalt zu thun, selbst da, wo die Gesundheit dies nachdrücklich gefordert hätte. Daß er insbesondere zu jener Zeit, wo es galt, eine enorme Geschäftslast im Amte zu bewältigen, buchstäblich Tag und Nacht bei der Arbeit blieb, ist ja hinreichend bekannt geworden. Von Natur zwar mit vortrefflichem körperlichem Organismus begabt, mußte er doch, seit das sechzigste Lebensjahr überschritten, unzweideutig erkennen, daß der, um sein eigenes Wort anzuwenden, rücksichtslose Gebrauch der Kräfte einen vorzeitigen Verbrauch derselben zur Folge hatte. Allein Stillstand wäre Tod gewesen für diese unablässig vorwärts drängende Natur und so konnte auch ein schon vor Jahren aufgetretenes, schmerzhaftes Fußleiden, dessen Ursachen bei seiner fast peinlich geregelten und mäßigen Lebensweise kaum anderswo als in Ueberarbeitung zu suchen sind, ihn nicht hindern, das Werk, das ihm anvertraut, der Vollendung entgegenzuführen. Wie sein von eisernem Willen getragener Geist die Herrschaft zu behaupten vermochte über den leidenden Körper, das hat er zumal in der letzten Zeit seines Lebens in bewundernswerther Weise gezeigt. Eine Operation am Fuße im Juni vorigen Jahres schien, obwohl beängstigende Er-

ſcheinungen hervortraten, glücklich abgelaufen zu ſein und während der Ferienzeit des Sommers, welche nochmals die Seinigen vollzählig um ihn verſammelte, glaubte man auf völlige Geneſung hoffen zu dürfen. Allein die Kunſt dreier Aerzte ſcheiterte an dem unaufhaltſamen Prozeſſe, welcher die Lebenskraft allmählich verzehrte. Die von der Operationswunde ausgehende Blutzerſetzung ſchritt weiter und machte den nahen Tod zur unausbleiblichen Folge. Nachdem ſchon Anfangs Dezember eine weſentliche und ſchmerzvolle Verſchlimmerung eingetreten war, zwang ſich Kübel noch am 12. Dezember, eine Sitzung der Kommiſſion zu beſuchen, welche am Schluſſe der Berathung des von ihm fertiggeſtellten Obligationenrechtsentwurfes angelangt war. Dieſe Sitzung aber ſollte ſeine letzte ſein. Wenige Tage ſpäter auf ein ſchweres Krankenlager geworfen, nahm er auch von hier aus noch Antheil an dem Fortgang der Kommiſſionsarbeiten. Seine letzte Thätigkeit galt dem Württemb. Gerichtsblatt, deſſen 21. Band noch abzuſchließen war und wofür er alle nöthigen Anordnungen noch ſelbſt getroffen hat.

Den erſten Tag des neuen Jahres konnte Kübel noch klaren Geiſtes begrüßen. In den darauf folgenden Tagen verzehrte ein heftiges Wundfieber die noch vorhandene Kraft und auch in dieſem Zuſtande hat zuweilen ſein im Leben ſo eminent thätiger Geiſt zur Klarheit ſich durchgerungen. Am 4. Januar Abends entſchlief er ſanft; Nachts 11½ Uhr that er den letzten Athemzug.

Der Charakter des Mannes ergibt ſich aus ſeinem Leben, doch ſeine für Wenige erkennbare innerſte Perſönlichkeit erfordert das Zeugniß der Seinigen. Die Familie war vor allen die Stätte der Offenbarungen ſeiner reichen Natur und wenn er auch der feineren Geſelligkeit nicht aus dem Wege gieng, ſo war es doch immer der engere Kreis der Gleichgeſinnten, welcher ihn vornehmlich anzog. Im Oktober 1848 war er mit Louiſe Wüſt von Heilbronn in die Ehe getreten, mit welcher er ſein ſilbernes Ehe-Jubiläum 1873 im Kreiſe der Seinigen feiern durfte. Voll häuslichen und religiöſen Sinnes, voll Selbſtloſigkeit und ſteter Opferbereitſchaft, voll Toleranz und Milde bei aller Strenge des Charakters, voll ruhiger Beſtimmtheit und vermittelnder Objekti-

vität bei aller Erregbarkeit des Temperaments, voll Verständniß für andere, voll feinen Humors, voll von unbegrenztem Interesse für die großen wie die kleinen Fragen des Lebens, so war er geschaffen und berufen, ein Familienleben zu gründen und aufzubauen, wie es nicht schöner gedacht werden kann. Die anspruchsloseste Bescheidenheit drückte all seinem Thun den Stempel auf und verlieh auch seinem gesellschaftlichen Auftreten die äußerste Zurückhaltung. War er auch keineswegs unempfänglich für äußere Ehre und Auszeichnung, so hat er solche doch immer nur gewollt, wenn er glaubte, durch ein außerordentliches Maß von Arbeit und Pflichterfüllung sie verdient zu haben. Und wahrlich er durfte in einem seiner letzten Briefe kühnlich die Hoffnung aussprechen, „im Bewußtsein treu erfüllter Pflicht aus dem Leben scheiden zu dürfen". Nach seiner ganzen Gemüths- und Geistesanlage repräsentirte er den Charakter des schwäbischen Volksstamms und diesem Charakter ist er auch außerhalb des Landes stets treu geblieben. Seine unerschütterliche Anhänglichkeit an die schwäbische Heimath und das württembergische Königshaus bedingte auch bis zu einem gewissen Grade seine Stellung in politischen Fragen, doch war ihm die Einigung Deutschlands ebensosehr Herzenssache, wie er stets, unbeirrt durch hemmende Ereignisse, für die Rechtseinheit gestritten hat, an welcher er mitzuarbeiten zum guten Theile berufen war.

So ist er heimgegangen nach 42 Jahren des dem Staate gewidmeten Dienstes und im 65. seines Lebens, zu frühe für sein hohes Amt, in das er wohl in nicht ferner Zeit hätte zurückkehren dürfen, zu frühe für die Wissenschaft, in welcher er einen hervorragenden Platz sich errungen hat, zu frühe für die deutsche Gesetzgebung, welche einen vorzüglich befähigten Förderer und Mitarbeiter in ihm verloren hat, zu frühe vor allem für die Seinigen welche seine in allen Lagen, im Großen und Kleinen bewährte Führerschaft, seine unbegrenzte hausväterliche Liebe und Fürsorge zeitlebens schmerzlich vermissen werden. Wohl aber werden bei ihm in hohem Maße die Worte Geltung erlangen, welche das Wappen seiner Familie als Wahlspruch zieren: Vivit post funera virtus!

Eugen Kübel.

X. Mittheilungen aus der Rechtsprechung des K. Oberlandesgerichts.

Von Herrn Oberlandesgerichtsrath **v. Probst.**

1. Unterzeichnung einer Urkunde ohne Kenntniß des Inhalts. Inwiefern kann darin eine Zustimmung zu dem Inhalte der Urkunde, welcher er sein möge, gefunden werden? Culpa in contrahendo. Dieselbe bildet keinen gesetzlichen Haftungsgrund, auch nicht im Falle groben Versehens.

Die Holzhandlung St. hatte eingewilligt, ihrem Kontokorrentschuldner Sch. den für 60000 M. eingeräumten Kredit auf 80000 M. zu erhöhen, wenn er für den letztgenannten Betrag die Bürgschaft seines Schwiegervaters F., eines als vermöglich bekannten Mannes, beibringe. Demnächst behändigte Sch. seiner Gläubigerin eine von dem Schwiegervater unterzeichnete, die fragliche Bürgschaftsübernahme enthaltende Urkunde, worauf ihm der erhöhte Kredit gewährt wurde. Nach Erschöpfung desselben ergab sich die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, in dessen Konkurs nur eine ganz geringfügige Summe gerettet wurde, F. aber stellte eine Bürgschaftsübernahme in Abrede. In letzterer Beziehung hat sich durch das gegen den Hauptschuldner eingeleitete Strafverfahren, welches zu einer Verurtheilung desselben zur Zuchthausstrafe wegen Betrugs führte, ergeben, daß die Unterschrift des F. unter der Bürgschaftsurkunde zwar von diesem herrührt, daß sie aber von dem Schwiegersohne erschlichen worden ist. F. war nämlich als 72 jähriger, übelhöriger und halbblinder Mann veranlaßt, sich zu Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten der Hülfe des Schwiegersohnes zu bedienen, welcher in dem Bewußtsein, daß er den F. zu Uebernahme der Bürgschaft für die Summe von 80000 M. nicht

leicht zu bestimmen vermöge, sich dessen Unterschrift unter die entworfene Bürgschaftsurkunde unter dem Vorgeben verschafft hatte, es handle sich um die Unterzeichnung eines Erinnerungsschreibens an einen seiner Schuldner. F. hatte die Unterschrift beigesetzt, ohne von dem Inhalt der Urkunde durch Selbstlesen, was ihm durch sein übles Gesicht erschwert war, Kenntniß genommen oder sich solche in anderem Wege verschafft zu haben.

In der von der Holzhandlung gegen F. auf Erfüllung der Bürgschaftsverbindlichkeit angestellten Klage ist geltend gemacht: wenn Beklagter die Bürgschaftsurkunde auch nicht in der Kenntniß ihres Inhalts unterzeichnet habe, so habe er sich doch der Haftung für dasjenige, was er durch seine Unterschrift bekräftigt, bewußt sein müssen. Das Vertrauensverhältniß zwischen dem Beklagten und seinem Tochtermann sei ein intimes Verhältniß dieser Beiden und berühre Dritte nicht. Der Beklagte habe sich sagen müssen, daß, wenn er sich in dem Vertrauen zu seinem Tochtermann täusche, dieses lediglich ihn selbst betreffe und nicht die Rechte Dritter beeinträchtigen könne. Es vereinige sich nicht mit Rücksichten auf Treue und Glauben, daß der Beklagte die Vortheile genieße, welche für ihn aus der Geschäftsbesorgung des Tochtermanns hervorgehen, aber Nachtheile, welche aus diesem Verhältnisse entstehen, von sich abwälzen und Dritten zuschieben wolle. Daher müsse die Absicht des Beklagten bei Unterzeichnung der Urkunde unterstellt werden, Alles, was dieselbe enthalten möge, zu genehmigen. Jedenfalls habe sich Beklagter bei Abgabe seiner Unterschrift in einer groben Verschuldung befunden, weil er, der den Leichtsinn und die schlechten Vermögensumstände seines Tochtermanns gekannt, ihm ein unbedingtes und unkontrolirtes Vertrauen nicht hätte zuwenden dürfen.

Die Klage ist in zwei Instanzen abgewiesen worden. Aus den Gründen der zweiten Instanz ist zu entnehmen:

Die behauptete generelle Zustimmung zu dem Inhalte der unterzeichneten Urkunde, was sie auch enthalten möge, ist nicht für nachgewiesen angenommen worden, und zwar nicht nur, weil bei der Undurchsichtigkeit der inneren Vorgänge, welche den Gedankengang und die Willensabsicht des Beklagten bei der Unterzeichnung betreffen, über den geringeren Umfang der Verpflich-

tungsabsicht des Promittenten nicht hinauszugehen ist, sondern weil es überhaupt für jene weiter gehende Absicht an einem genügenden Beweggrunde fehlt. Man kann eine solche Absicht alsdann annehmen, wenn Jemand von einem Dritten Urkunden ohne Bezeichnung des Inhalts zur Lesung und eventuellen Unterzeichnung unterbreitet werden und er solche nun ungelesen unterzeichnet. Wenn aber derjenige, welcher die Ausfertigung der Urkunde betreibt, den Andern zu deren Unterzeichnung unter gleichzeitiger Bezeichnung des Inhalts auffordert, und Letzterer auf diese Weise zur Unterzeichnung der ungelesenen Urkunde bestimmt wird, so kann ohne besondere hier nicht geltend gemachte Gründe über die Annahme nicht hinausgegangen werden, daß die Unterzeichnung im Vertrauen auf die Richtigkeit des angegebenen Inhalts stattgefunden, daß also der Wille des Unterzeichnenden sich auf diesen vorgegebenen Inhalt beschränkt habe[1]). Für die Annahme, daß der Beklagte der Angabe des Tochtermanns keinen Glauben geschenkt und gleichwohl sich zur Unterzeichnung herbeigelassen habe in der Absicht, auch jedweden ihm unbekannten andern Inhalt zu genehmigen, wäre eine psychologische Erklärung nicht zu finden. Allerdings ist der Fall denkbar, daß, während auf die Inhaltsangabe des Andern hin die Urkunde ungelesen unterzeichnet wird, gleichwohl dem Unterzeichnenden hierbei ein Verdacht aufsteigt, daß er getäuscht werden könnte. Aber selbst ein solcher nebenhergehender Argwohn, über dessen Zutreffen im vorliegenden Fall nichts angezeigt ist, würde noch nicht die eventuelle Absicht, auch das Unbekannte zu genehmigen, in sich schließen, sondern die Unterschrift wäre zunächst als eine in Bekämpfung des aufsteigenden Argwohns, in leichtfertiger Vertrauensseligkeit, daß es sich ja doch wohl so, wie der Andere vorgegeben, verhalten werde, abgegebene anzusehen. Auch das Argument, daß der Beklagte entweder gegen Treue und Glauben handeln, oder die Absicht haben mußte, das Unterschriebene gegen sich gelten zu lassen, basirt auf einem lediglich

1) Zu vergl. Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 14 S. 403, Mommsen, Erört. II. S. 108, Windscheid im civ. Archiv Bd. 63 S. 93. 94. 104.

idealen Gesichtspunkte, welcher dem Leben fremd ist; zwischen jenes Dilemma schaltet sich erfahrungsmäßig das Gebiet des mehr oder weniger leichtfertigen Vertrauens, die ganze Stufenleiter der culpa in contrahendo hinein.

Hat aber der Beklagte weder dem zur Kenntniß genommenen Inhalt der Urkunde zugestimmt, noch diesem Inhalt, welcher er sein möge, seine Genehmigung ertheilt, so stellt sich der Klagegrund des zwischen den Parteien geschlossenen Bürgschaftsvertrages als hinfällig dar. Der Irrthum, in welchem der Beklagte die Bürgschaftsurkunde unterzeichnet hat, erscheint, weil das Dasein des Vertragskonsenses betreffend, als ein wesentlicher und es bedarf daher des Nachweises seiner Entschuldbarkeit nicht.

Allerdings ist in neuerer Zeit diese der gemeinen Ansicht der Rechtslehrer entsprechende und in die Rechtsprechung der Gerichte rezipirte Auffassung von einigen Schriftstellern in Anstand gezogen worden. Ein gewichtiger Vertreter dieser Richtung (Bähr in Ihering's Jahrb. Bd. 14 S. 393 ff.)[2]) hat die abweichende Ansicht in dem Satze zum Ausdruck gebracht: „Wer beim Kontrahiren in einer ihm zuzurechnenden Weise die äußere Erscheinung seines Willens hervorruft, so daß der ihm Gegenüberstehende bona fide Rechte daraus erlangt zu haben glaubt und glauben darf, wird mit seiner Behauptung, daß ihm in Wirklichkeit der entsprechende Wille gefehlt habe, nicht gehört." Es mag dahin stehen, ob eine solche Ansicht vom Standpunkt der Verkehrsinteressen und der Gesetzgebung eine Beachtung verdiene; vom Standpunkt des bestehenden Rechts fehlt es derselben unzweifelhaft an der Fundirung in den Rechtsquellen, wie sie auch nur in wenigen vereinzelten Fällen Aufnahme in die Rechtsprechung der deutschen Gerichte gefunden hat (vergl. Seuffert Archiv Bd. 29 Nr. 215. 229), der württembergischen Rechtsprechung fremd ist (vergl. württ. Archiv Bd. 14 S. 137 und Seuffert Archiv Bd. 7 Nr. 19, Bd. 31 Nr. 109), und neuerdings ebenso gewichtige als überzeugende Entgegnungen hervor-

2) Zu vergl. außerdem Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen I. S. 17—23; Schloßmann, der Vertrag S. 85—140; Hölder, crit. Vierteljahrsschr. Bd. 18 S. 175; Schall, der Parteiwille im Rechtsgeschäft 1877.

gerufen hat (Windscheid im civ. Archiv Bd. 63 S. 72 ff.; Mommsen Erörterungen Heft II)[3]). Dieser Rechtsansicht kann ein Einfluß auf die Entscheidung des vorliegenden Falls nicht eingeräumt werden.

Die zuletzt genannten beiden Schriftsteller haben der von ihnen bekämpften Rechtsansicht die Einräumung gemacht, daß, wenn bei einer ohne Konsens abgegebenen Vertragserklärung die Irreführung des Mitkontrahenten durch eine grobe Verschuldung des Erklärenden herbeigeführt worden sei, derselbe für die Erfüllung des Vertrages allerdings hafte. Es wird zur Begründung dieser Ansicht davon ausgegangen, daß der Erklärende, wenn er doloser Weise die Irreführung des Mitkontrahenten herbeiführt, an seine Erklärung gebunden ist, und mittels Herbeiziehung des Satzes, daß die grobe Verschuldung dem dolus gleichzustellen sei, jene Rechtswirkung auf den Fall der groben Verschuldung ausgedehnt. Auch dieser Rechtsansicht vermag man auf den vorliegenden Fall einen bestimmenden Einfluß nicht einzuräumen, da Bedenken zu tragen ist, in der Betheiligung des Beklagten an der Zustandekunft der Bürgschaftsurkunde eine der rechtswidrigen Absicht nahe kommende schwere Verschuldung desselben gegenüber der Klägerin zu erblicken, und da überdieß die Aufstellung des Satzes, daß die bloße Verschuldung außerhalb bestehender Vertragsverhältnisse und außerhalb des Bereichs des aquilischen Gesetzes eine Quelle der Rechtsbegründung sein könne, und daß die Gleichstellung von grober Verschuldung und dolus auch außerhalb bestehender Vertragsverhältnisse Geltung zu beanspruchen habe, eine zureichende Begründung in den Rechtsquellen nicht findet und der herrschenden (nach Seuffert Archiv Bd. 27 Nr. 91, Bd. 29 Nr. 26, Bd. 32 Nr. 117 auch von dem vormaligen ROHG. getheilten)[4]) Ansicht, welcher beizutreten ist, widerspricht.

Erk. des Oberlandesgerichts zu Stuttgart I. Civil-Sen. vom 17. Dez. 1881 in S. Stälin u. Comp. geg. Friedrich.

---

3) Zu vergl. auch Zittelmann im 16. Bd. von Iherings Jahrb. S. 398 – 400.

4) Zu vergl. auch dieses Archiv Bd. 18, S. 198–201.

2. Zum Begriffe des Leseholzrechtes. Behauptete Ausdehnung desselben auf das bei Holzhieben entstehende Abfallholz. Erfordernisse des Rechtsbesitzes bei solcher Ausdehnung.

In der fünften Forstordnung von 1614 (wie auch schon in der dritten und vierten Forstordnung von 1552 und 1567) ist des Leseholzes in folgender Weise erwähnt: „Nachdem die armen Leut, so an etlichen Orten Gerechtigkeit haben, in unsern Wäldern dürr und ander schadhaft Holz zu lesen und heimzutragen, bis anher mancherlei Gefahr gebraucht, also daß sie zu vielmal gut gesunde Stämm und wachsend Holz gebrennt, gelähmt oder von den Stämmen geschält, bis es verdirbt, damit sie also mit Aufsatz dürr Holz überkommen mögen," so soll hiegegen eingeschritten und Strafe verhängt werden. Ebenso soll gestraft werden, wer außerhalb der gewöhnlichen bestimmten Holztage oder von aufgesetzten Klastern oder aufgemachtem Reisach Holz wegtragen würde.

In Folge Landtagsabschieds von 1739 ergieng am 18. April 1739 ein herzogliches Reskript zur Beseitigung von Forst- und Jagdbeschwerden (Reyscher Finanzgesetze I. erste Abth. S. 613), worin unter Anderem bestimmt ist: „Verordnen wir gnädigst, daß die Holztäg an End und Orten, wie es die Beschaffenheit der herrschaftlichen Waldungen, wie auch die Observanz- und Lagerbücher mit sich bringen, angeordnet und gehalten werden sollen."

Die Dienstinstruktion für die k. Revierförster vom 31. Dez. 1818 § 21 und für die k. Förster vom 11. März 1822 § 16 (Reyscher Finanzgesetze I. Abth. 2 S. 267. 415) enthält: „Wie bisher, so wird auch in Zukunft den Armen die Einsammlung des in den Waldungen von Zeit zu Zeit sich ergebenden dürren Holzes mit unbewaffneter Hand, unter der Benennung des Raff- und Leseholzes an bestimmten Tagen gestattet werden. Indessen muß diese Begünstigung, wo nicht besondere Gerechtsame zu berücksichtigen sind, in den k. Waldungen immer nach Orts- und Zeitverhältnissen bemessen werden und stets der Beurtheilung und Bestimmung des Oberförsters unterstellt werden;

in der Regel ist alles stärkere dürre Holz, dessen Aufarbeitung den Gebrauch eines Werkzeugs erfordert, unter der Benennung Scheideholz zu verwerthen."

Den Oberförstern ist in der Instruktion vom 11. März 1822 § 37 bemerkt: „Die Bestimmungen wegen des Einsammelns des Raff- und Leseholzes bleiben, wo nicht besondere Gerechtsame zu berücksichtigen sind, dem Ermessen des Oberförsters überlassen. Dagegen aber ruht auf ihm die Verantwortlichkeit bei einem Mißbrauch dieser für die Waldbestände oft so verderblichen Nebennutzung. Er wird daher von selbst die Lesetage den Gerechtigkeitsverhältnissen, der Zahl der Petenten, der Ausdehnung der Waldfläche und dem Vorrath an dürrem Holz gemäß bestimmen."

Im Jahre 1827 zog das Finanzministerium in Betreff des Leseholzsammelns aus allen Landestheilen Berichte ein und erließ hierauf am 10. September desselben Jahres eine allgemeine Verfügung (I. Erg.-Band zum Regierungsblatt S. 457) des Inhalts: „Es wird hiemit genehmigt, daß auch fernerhin das dürre Leseholz, soferne es ohne schneidende Werkzeuge aufbereitet und nicht mit Fuhrwerk abgeführt wird, auch da, wo keine besondere Gerechtigkeit Anspruch giebt, unentgeldlich gesammelt werden darf. Um jedoch Ordnung zu halten, sind besondere Tage hiezu festzusetzen und dem Publikum bekannt zu machen. In Forsten, worin der höhere Preis und die Seltenheit des Holzes besondere Rücksichten für die bedürftige Klasse der Forstangehörigen nöthig machen, wird die Einführung von Leseholzzetteln sehr zweckmäßig sein ... Solche sind an arme Familien, welche den Forstämtern von den Gemeinderäthen bezeichnet worden sind, unentgeldlich abzugeben ... Sollten die Vorräthe an dürrem Holz gestatten, solches in größeren Partien nach Wagen oder Karren oder nach anderem Anspannfuhrwerk abzugeben, so ist dafür ein durch das Forstamt zu bestimmender Preis einzuziehen. Es versteht sich von selbst, daß durch diese Verfügung in rechtlich begründeten Verhältnissen eine Abänderung nicht beabsichtigt wird."

Auf den von der Forstverwaltung seit dem Jahre 1838 eingeführten Formularen von Leseholzzetteln ist der Inhaber für

befugt erklärt, „dürres zu Boden liegendes Holz zu sammeln und abzutragen“ unter Vermeidung des Gebrauchs „schneidender Werkzeuge aller Art, der Steigeisen und der Fuhrwerke“.

Nach diesen Bestimmungen ist unter Leseholz das natürlich dürr gewordene Holz von solcher mäßiger Stärke zu verstehen, daß zu seiner Gewinnung keine schneidende Werkzeuge erforderlich sind. Das Objekt der Leseholzbefugniß steht insofern in einem Gegensatz zu derjenigen Waldnutzung, welche Folge des Holzhiebs ist. Es entspricht diese Auffassung auch sonst dem üblichen gemeinen und forstlichen Sprachgebrauche des Inlandes [1]) und anderer Theile Deutschlands [2]).

Wenn daher nach der Klagebehauptung das Leseholzrecht der Einwohner von Kalmbach vermöge örtlicher Observanz sich auch auf den Bezug des bei Holzhieben abfallenden Reisachs, der Rappelrinde und des Schlagabraums beziehen soll, derart, daß die Beklagte die gedachten Theile des Schlagholzes zur Nutzung durch die Leseholzberechtigten liegen zu lassen habe, so handelt es sich hiebei um eine Ausdehnung der Leseholznutzung, welche in deren Begriff nicht von selbst enthalten ist und für deren Existenz um so bestimmtere Beweisgründe zu verlangen sind, als von der Klägerin nicht angeführt und auch sonst nicht bekannt ist, daß eine solche Ausdehnung des Leseholzbezugs irgendwo in den Forsten des Landes oder speziell des Schwarzwalds zu rechtlich anerkanntem Bestande gelangt sei.

Insbesondere wäre die Berufung auf eine unvordenkliche Uebung nur dann im Stande, das von der Klägerin in Anspruch genommene Recht zu begründen, wenn sie nach Gestalt der Verhältnisse sich als Rechtsübung darstellen würde, d. h. wenn darin

---

1) Zu vergl. Schmidlin, württ. Forstgesetzgebung § 296. 386. Widemann, Forstliche Blätter für Württemb. Heft 7, S. 131. Reyscher, württemb. Priv. R. II. § 300, Ziff. 1. Lang, Sachenrecht I. S. 426. Reichsstadt Ulm'sche Forstordnung von 1802 § 132. Forstordnung für die österreichischen Vorlande von 1787 § 106.

2) Zu vergl. Badisches Forstgesetz von 1833 § 119. Preußisches Allg. Landrecht I. Tit. 22, § 215. Hundeshagen, Forstpolizei 4. Aufl. S. 269. Pfeil, Forstschutz und Forstpolizei S. 253. Schenk, Forstrecht und Forstpolizei S. 360. Schultze, Forstpolizei S. 141.

Besitzhandlungen in Absicht auf das in Anspruch genommene Recht zum Ausdruck gelangt wären.

Dieses ist aber nicht der Fall.

Die von der Klägerin berufenen Zeugen haben zwar sämmtlich und in glaubhafter Weise angegeben, daß sich die Einwohner von Kalmbach bei der Aneignung des in den Holzschlägen liegen gebliebenen Abfallholzes in gutem Glauben, und wie sie (die Zeugen) annahmen, in der Meinung befunden haben, hierin ein ihnen zukommendes Recht auszuüben; und es wäre die Erheblichkeit dieser Angaben alsdann nicht zu beanstanden, wenn etwa die Aneignung des von der Beklagten thatsächlich liegen gelassenen (derelinquirten) Abfallholzes den Leseholzberechtigten von dritter Seite streitig gemacht werden wollte.

Nun aber ist dieses nicht der Gegenstand des jetzigen Rechtsstreites; die Klägerin beansprucht das Recht auf Liegenlassen des Abfallholzes durch die Beklagte als Eigenthümerin, sie behauptet eine Beschränkung der Eigenthümerin in der vollen Disposition über ihr Eigenthum in der Richtung, daß sie über das Abfallholz in den Holzschlägen bis auf eine gewisse Stärke nicht für sich zu verfügen befugt, sondern gehalten sei, die eigene Nutzung zum Vortheile der Leseholzsammler zu unterlassen. Ein solches Verbietungsrecht der Klägerin könnte durch eine unvordenkliche Uebung nur dann erworben werden, wenn aus derselben diese Selbstbeschränkung der Eigenthümerin zu Gunsten der Leseholzberechtigten hervorgienge. Die thatsächliche Nichtausübung der vollen Eigenthumsbefugnisse, wenn sie auch einem Andern Vortheile bringt und unvordenkliche Zeit gedauert hat, ist an und für sich nicht im Stande, eine Rechtsbeschränkung zu erzeugen; sie muß sich als Ausfluß einer Verbindlichkeit, als Nachgiebigkeit gegen den Willen des durch die Unterlassung Bevortheilten darstellen und in dieser Richtung äußerlich erkennbar geworden sein (contradictio et acquiescentia) [3]).

---

3) Zu vergl. Pfeifer, prakt. Ausf. II. S. 12 ff., VII. S. 181 ff., bes. S. 184. Windscheid, Pand. § 163, Note 4. Württ. Archiv III. S. 385, IV. S. 303, IX. S. 62.

Für eine solche zu Gunsten der Leseholzberechtigten geübte Selbstbeschränkung in der Ausübung der Eigenthumsbefugnisse sind die Aussagen der Zeugen der Klägerin ohne Werth, da dieselben über ein hierauf bezügliches Verhalten der Forstverwaltung Nichts zu sagen wissen. Durch folgende Beweisgründe wird dagegen jene Absicht der Beklagten positiv widerlegt. Schon die zeitweise vorgekommenen Verkäufe, welche auf keinen Widerspruch der Klägerin stießen, sprechen gegen eine Absicht der Forstverwaltung, sich hinsichtlich des Verkaufs des Abfallholzes der Freiheit der Eigenthumsverfügung zu begeben. Als im Jahre 1848 von Einwohnern Kalmbachs Ansprüche auf das Abfallholz erhoben wurden, hat die energische Zurückweisung dieser Ansprüche durch die oberste Forstverwaltungsstelle gezeigt, wie wenig eine solche Absicht im Sinne der Beklagten gelegen war. Ebendahin weisen die vorgelegten oberamtlichen Strafakten von den Jahren 1853 bis 1857, nach welchen auf Antrag der Beamten der Forstverwaltung gegen viele Angehörige der Gemeinde Kalmbach wegen Entwendung von Abfallholz aus den Holzschlägen eingeschritten und Strafe verhängt wurde, ein Vorgehen, in welchem eine Unterbrechung des Besitzstandes der Klägerin gefunden werden müßte, wenn ein Rechtsbesitz derselben überhaupt vorgelegen hätte.

Es geht sodann aber aus den Erlassen des Forstamts Neuenbürg und der Finanzkammer zu Reutlingen vom 6. September 1826, 14. Oktober 1827 und 21. Dezember 1827, ferner aus den Bemerkungen zu den Holzpreisverzeichnissen von 1830/31, 1841/42, 1842/43 und 1844 hervor, daß es Maxime der Verwaltung war, das Ast-, Gipfel- und Reisachholz alsdann nicht zu Prügelklaftern und Reisachwellen aufzubereiten, sondern unaufgebunden und unausgebengelt zu verkaufen, wenn die Kosten der Aufbereitung mit dem zu hoffenden Erlöse in Mißverhältniß kamen, den Verkauf des unaufbereiteten Abfallholzes aber in allen Fällen vorzunehmen, wo überhaupt Abnehmer vorhanden waren. — Nur wo ein Erlös wegen Unwerth des Holzes nicht möglich war, blieb das Reisach und das sonstige Abraumholz unverkauft für die Leseholzsammler liegen, oder wurde dasselbe, wo selbst diese keinen Gebrauch davon machten, zur Säuberung der Holzschläge auf herrschaftliche Kosten verbrannt. Daß diese

Grundsätze nicht blos auf dem Papiere standen, sondern ausgeführt wurden, namentlich das Liegenlassen des Reisachs und Abraums nur vorkam, wo und soferne ein entsprechender Erlös aus demselben nicht zu erzielen war, daß auch demgemäß die Instruktion an die Holzhauer lautete, ist durch die Aussagen der Zeugen bestätigt worden.

Sonach waren es Rücksichten auf eine sachgemäße Bewirthschaftung des Waldeigenthums, welche das Liegenbleiben des Abfallholzes, da wo es vorkam, veranlaßten und nicht Rücksichten auf die Leseholzberechtigten. Den Letztern gegenüber erscheint die Unterlassung der Eigenthümerin als eine rechtlich belanglose Thatsache (merae facultatis).

Erkenntniß des Oberlandesgerichts I. Civilsenats vom 28. Oktober 1881 in Sachen Gemeinde Kalmbach gegen K. Forstdirektion.

3. Statutenkollision.

Wer ohne sein inländisches Staatsbürgerrecht aufgegeben oder verloren zu haben, und ohne im Auslande einen Wohnsitz zu begründen, sein inländisches Domizil im Stiche gelassen hat, gilt für diejenigen Rechtsverhältnisse, welche sich nach den Gesetzen am Wohnorte bestimmen, als fortwährend im Inlande domizilirt.

Der Bauer Anton Specht war im Jahr 1879 unter Mitnahme von 15000 M. an baaren Mitteln und unter Zurücklassung seiner Familie und einer insolventen Vermögensmasse nach Amerika entwichen. Im folgenden Jahre endigte er sein Leben in St. Louis, Staat Missouri, durch Selbstmord, ohne noch bis dahin einen festen Wohnsitz in Amerika begründet zu haben. Was sich an Geldmitteln bei ihm vorfand, wurde nach Tilgung seiner amerikanischen Schulden von dem aufgestellten Verlassenschaftsverwalter in einem Betrag von ca. 4000 M. dem deutschen Konsulate „als Alimente der hinterlassenen Wittwe" zur Zustellung an dieselbe behändigt. Die Wittwe, obwohl sie mit ihrer Beibringensforderung in dem über das zurückgelassene Vermögen des Ehemannes ausgebrochenen Gante vollständig befriedigt worden war, weigerte sich, die empfangene Summe an die zu

Verluſt gekommenen Gläubiger deſſelben herauszugeben, weil ihr ſolche als Alimentation, d. h. nicht unter erbrechtlichem Titel, ſondern, dem Rechte des Staates Miſſouri entſprechend, als eine bevorrechtete Forderung an den Nachlaß zugekommen, und für ihren Anſpruch das Recht von Miſſouri maßgebend ſei. In dem darüber entſtandenen Rechtsſtreite wurde angenommen, daß für einen Fall, wie der vorliegende, wo zwar das inländiſche Domizil als aufgegeben zu betrachten, aber weder das inländiſche Staatsbürgerrecht verloren, noch ein ausländiſcher Wohnſitz begründet worden ſei, die Fortdauer des inländiſchen Domizils, was die Anwendung der von dem Wohnſitz abhängigen Privatrechtsnormen betreffe, rechtlich fingirt werde [1]). Und da ſich die Rechtsverhältniſſe, welche die Auseinanderſetzung eines Nachlaſſes betreffen, nach den am letzten Domizil des Erblaſſers geltenden Geſetzen richten [2]), ſo ſeien die in Beziehung auf die Nachlaßvertheilung in Konkurrenz getretenen Anſprüche der Wittwe und der Gläubiger nicht nach den Geſetzen des Staates Miſſouri, ſondern nach den Geſetzen des Inlandes zu beurtheilen und es könne folglich der Rechtstitel der Alimentation, unter welchem die beklagte Wittwe den Nachlaß des Ehemanns erworben haben wolle, als zu Recht beſtehend nicht anerkannt werden.

Erkenntniß des I. Civil-Senats vom 14. April 1882 in Sachen Wittwe Specht gegen Pfähler und Genoſſen.

4. Kann aus einem Vertrage über Beſtellung einer Realdienſtbarkeit auf Einholung des nach L.R. Thl. II Tit. 9 § 10 zu Entſtehung dieſer Dienſtbarkeit erforderlichen gerichtlichen Erkenntniſſes geklagt werden?

Wächter im württemb. Privatrecht Bd. II S. 768 Note 3 hat dieſe Frage bejaht. Eine Entſcheidung des vormaligen Obertribunals vom $\frac{7. \text{ Nov.}}{19. \text{ Dez.}}$ 1857 in Sachen Hermann gegen Gavard hat ſich hieran angeſchloſſen. In einer ſpäteren, in

1) Zu vergl. dieſes Archiv Bd. 6, S. 146.

2) Wächter, württ. Pr.R. II. S. 100–105, Bar, internat. Priv.-R. S. 376 f. Windſcheid, Pand. § 35, Ziff. 5.

diesem Archiv Bd. 10 S. 109 ff. mitgetheilten Entscheidung desselben Gerichtes vom 13. April 1867 ist dagegen aus den daselbst angeführten eingehenden Gründen die Frage verneint und die Unverbindlichkeit des geschlossenen präparatorischen Vertrages ausgesprochen worden. Indessen wurde in einem Anhange zu dieser Veröffentlichung (S. 112—115) von Dr. von Kübel, ein Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Entscheidung zum Ausdruck gebracht.

Neuerdings ist die Frage abermals Gegenstand der Beurtheilung des Oberlandesgerichts geworden. Dasselbe hat sich für die Beibehaltung der Thesis von 1867 entschieden.

Für dieselbe spreche der Wortlaut des Gesetzes. Die aus der Entstehungsgeschichte desselben entnommenen Schlußfolgerungen seien nicht widerlegt worden, und wenn auch die fragliche Vorschrift hauptsächlich aus Gründen des öffentlichen Wohles ertheilt worden sein möge, um nämlich einen „Abbruch des gemeinen Nutzens", eine bleibende Verringerung des Werths und der Benützbarkeit des Grundeigenthums zu verhüten [1]), für welchen Zweck das dem Gemeinderathe vorbehaltene Kognitionsrecht habe als genügend erscheinen können, so sei doch hiemit, zumal im Hinblick auf die fürsorgende, dem Schutze vertragschließender Unterthanen zugeneigte Richtung der früheren Landesgesetzgebung [2]) die Annahme wohl vereinbar, daß durch die verfügte Ungültigkeit der Servitutbestellung ohne eine gemeinderäthliche Prüfung der Zulässigkeit derselben — auch den vertragschließenden Grundbesitzern selbst noch Gelegenheit zu eigener reiflicher Ueberlegung und zu Verhütung schädlicher Folgen gegeben werden sollte, was durch die Einräumung des Rücktrittsrechts von geschlossenen Verträgen habe ermöglicht werden können.

Erk. des II. Civ.-Sen. vom 29. September 1881 in Sachen Ehe gegen Siegel.

---

1) Vergl. Lauterbach, different. II. § 14, Griesinger, Komment. II. S. 545, Stobbe, deutsch. Priv.R. II. § 97 Nr. 24, Weishaar, württ. Pr.R. § 525.

2) Wächter, württ. Pr.R. I. S. 302 ff. 487 ff. Vorarbeiten zum württ. Landrecht, Einleitung S. XXVIII. und XXIX.

5. Einseitige Verfügung des Miteigenthümers über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache. Pflasterung eines gemeinschaftlichen Hofraums.

Der Grundsatz, daß der Miteigenthümer die gemeinschaftliche Sache auch gegen den Willen des Theilhabers insoweit gebrauchen darf, als dieser Gebrauch der Bestimmung der Sache gemäß und dem anderen Miteigenthümer nicht schädlich ist, findet nach richtiger, der Billigkeit entsprechender und von der Praxis angenommener Ansicht auch dann seine Anwendung, wenn es sich um Verfügungen über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache handelt, wie eine solche in der Pflasterung eines gemeinschaftlichen Hofraums enthalten ist. Es ist hienach dem Miteigenthümer erlaubt, selbst gegen den Willen des anderen Theiles eine Veränderung an der gemeinschaftlichen Sache vorzunehmen, wenn sie für Letzteren unschädlich ist, und es kein wirkliches Interesse für ihn hat, ob die Veränderung geschieht oder nicht [1]).

Erk. des II. Civ.-Senats vom 8. Dezember 1881 in Sachen Schäfer gegen Bantlin.

6. Gerechtigkeit zu Luft und Licht. Dieselbe ist in dem Rechte, gegen das Nachbareigenthum unvergitterte Fenster, oder in dem Rechte, Fensterläden zu haben, nicht von selbst inbegriffen.

Die Klägerinnen konnten ihre gegen den Nachbar erhobene konfessorische Klage auf Anerkennung des Rechtes auf Luft und Licht für ihr auf das Unterwerk gebautes Wohnhaus weder auf einen diesfalls geschlossenen Vertrag, noch auf einen qualifizirten Rechtsbesitz, wie er zu Ersitzung der in einem Verbietungsrechte bestehenden Servitut erforderlich ist (dieses Archiv Bd. 4 S. 286 ff.) begründen. Aber sie stützten dieselbe

1. im Anschlusse an die von Lang (Sachenrecht I S. 448 s. lit d) aufgestellte Rechtsansicht darauf, daß die Fenster, welche in der dem Nachbar zugekehrten Hauswand seit länger als

1) Zu vergl. Hufnagel, Mitthlgn. Bd. 2 S. 13 f., Seuffert, Archiv Bd. 24 Nr. 299, Lang, Sachenrecht I. S. 168 und Note, Neue Bauordnung Art. 67—70.

30 Jahren angebracht seien, ebensolang unvergittert seien und ein Anspruch des Beklagten auf Vergitterung derselben daher durch Verjährung erloschen sei, und

2. darauf, daß die Fenster, seitdem sie bestehen, mit Fensterläden versehen seien, auf deren Gebrauch die Kläger durch Verjährung ein Recht erworben haben, welches ein Recht auf Luft und Licht, wenigstens für die Breite der Fensterläden, von selbst mit sich bringt.

Die Klage ist abgewiesen und über die erste Begründung derselben bemerkt worden, daß der Ansicht von Lang nicht beigetreten werden könne, welcher aus der Bestimmung der Bauordnung von 1872 § 59 Abs. 3, wonach in dem Rechte auf Licht und Luft neben dem Verbietungsrechte gegenüber dem Nachbar auch die Befugniß, die Fenster unvergittert zu lassen, enthalten sei, in umgekehrter Richtung folgern, daß in dem Rechte, die Fenster unvergittert zu lassen, auch jenes Verbietungsrecht enthalten sein müsse. Vielmehr sei jenes Recht ohne dieses, als die Befugniß, die Fenster so lange, als sie der Nachbar nicht verbaue, in unvergittertem Zustand zu haben, wohl zu denken und kein Anlaß gegeben, von zwei untrennbaren Seiten desselben Rechtes oder von einem untheilbaren Rechte zu reden. Die Bestimmung des Art. 59 Abs. 3 sei überhaupt nicht neu, sondern aus der Bauordnung von 1655 „von Fensterläden und Lichtern" beibehalten und biete keinen Grund, an den rezipirten Rechtsgrundsätzen, wonach die Erwerbung des Rechtes auf Luft und Licht im Wege der Verjährung einen qualifizirten Rechtsbesitz erfordere, etwas zu ändern.

Die Fensterläden betreffend, so könne unterstellt werden, daß durch das langjährige Eingreifen in den fremden Luftraum eine Dienstbarkeit gegenüber dem Nachbargrundstück auf das ungestörte Benützen desselben erworben worden sei. Aus dem Inhalte dieses Rechtes gehe jedoch ein weiter gehender Anspruch, als auf die Freilassung des zum Öffnen der Läden erforderlichen Raumes an und für sich nicht hervor. Die Klägerinnen könnten mehr nicht, als eine das Öffnen der Läden ermöglichende Vorrichtung in der Hauswand des Nachbars verlangen, und der Beklagte wäre daher unter diesem Vorbehalt an der Errichtung eines Gebäudes auf der Eigenthumsgrenze nicht gehindert. Ein Anspruch auf Freilassung eines

beſtimmten größeren Raumes wäre für die Klägerinnen nur dann begründet, wenn denſelben gleichzeitig, was nicht der Fall, ein Recht auf Luft und Licht zuſtände. Dieß ergebe ſich auch aus der den Fenſterläden zukommenden Bedeutung und Aufgabe. Dieſelben haben nicht, gleich den Fenſterflügeln, welche in den Luftraum des benachbarten Grundſtücks geöffnet werden, den Zweck, den Gelaſſen des Hauſes Luft und Licht aus dem Raum, welchen ſie durchmeſſen, ſowie dem darüber befindlichen freien Luftraum zuzuführen und ſo dem Luft- und Lichtbezuge des Hauſes zu dienen. Der wirthſchaftliche Zweck der Fenſterläden beſtehe vielmehr darin, die Fenſter, an welchen ſie angebracht ſeien, ſowie die betreffenden Gelaſſe je nach Bedürfniß zu ſchützen, zu verdunkeln und zu verſchließen. Sei ſchon eine Gerechtigkeit zu Luft und Licht nicht vorhanden, ſo könne das Recht auf Luft und Licht mittelſt der bloßen Befugniß, Läden durch den fremden Luftraum zu bewegen, nicht begründet werden. Aus dem Umſtande, daß den Läden eine ſelbſtändige Bedeutung nicht, eine ſolche vielmehr nur in Verbindung mit den Fenſtern, deren Zubehörden ſie bilden und welchen ſie zu dienen beſtimmt ſeien, zukomme, folge ſodann aber auch, daß wenn der Nachbar, welchem ein Verbietungsrecht nicht entgegenſtehe, von ſeiner Befugniß, ein Gebäude an der Eigenthumsgrenze zu errichten und mittelſt deſſelben die Fenſter des benachbarten Hauſes zu verbauen, Gebrauch mache, mit dem Genuß dieſer Fenſter auch die Grundlage und Vorausſetzung für das Oeffnen und Schließen der Läden weggefallen ſei, ſo daß auch ein in Abſicht auf die Benützung der Läden erworbenes Recht dem ſtärkeren Rechte des auf ſeinem Grund und Boden zu beliebigem Bauen berechtigten Eigenthümers zu weichen und dieſem gegenüber außer Wirkſamkeit zu treten habe.

Erkenntniß des I. Civ.-Senats vom 12. November 1881 in Sachen Törring und Genoſſen gegen Lell.

7. Actio doli. Die abgekürzte Verjährungszeit dieſer Klage vor zwei Jahren gilt auch im heutigen Rechte.

Die Anwendbarkeit der l. 8 Cod. 2. 21, wonach die Klage wegen Betrugs in zwei Jahren verjährt, iſt für das heutige Recht in Frage geſtellt, und es iſt insbeſondere daraus, daß die Infamie

als Wirkung der Betrugsklage weggefallen ist, abgeleitet worden, daß diese kurze Verjährungsfrist nicht mehr anwendbar sei. Allein ohne Grund. Die Infamie ist im römischen Rechte überhaupt nicht schon eine Wirkung der Betrugshandlung, sie trat vielmehr erst in Folge der Verurtheilung wegen Betrugs ein. Von selbst folgt hieraus, daß die Verjährung, welche gerade voraussetzt, daß eine Verurtheilung nicht eingetreten ist, mit der infamirenden Wirkung der Betrugsklage in keinem Zusammenhang steht [1]). Aber auch auf den Wegfall des pönalen Charakters der Schadensersatzklage wegen Betrugs läßt sich die Nichtanwendbarkeit obiger Gesetzesbestimmung nicht gründen. Wenn auch der gemischte Charakter der Betrugsklage für das heutige Recht als beseitigt anzusehen ist und insbesondere in dem Gesetze über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen vom 5. September 1839, Art. 8 als Regel der Grundsatz angenommen ist, daß die privatrechtlichen Ansprüche eines durch ein Verbrechen oder Vergehen Verletzten lediglich in dem Rechte auf Schadensersatz bestehen, so hat sich doch dieses Gesetz mit der Normirung der gemeinrechtlich bestehenden kürzeren Verjährungsfristen nicht befaßt. Ist nun auch durch Annahme jenes Grundsatzes der Ersatzanspruch seines pönalen Charakters entkleidet, so ist doch hiemit nur der etwaige geschichtliche Grund, der für die Gleichstellung der Betrugsersatzklage mit den reinen Pönalklagen in Beziehung auf die Verjährung bestimmend gewesen sein mag, beseitigt, nicht aber das Gesetz selbst [2]). Insbesondere hat sich auch, was für die Auslegung des württemb. Rechts von Bedeutung ist, Wächter in seinem Handbuch des württemb. Privatrechts Bd. 2 S. 758 Note 5 für die heutige Anwendung der zweijährigen Verjährungsfrist ausgesprochen, und es besteht auch eine gegentheilige Praxis der Gerichte nicht.

Erk. des 1. Civ.-Senats vom 17. Oktober 1882 in Sachen Hartmann gegen Marx.

1) Savigny, System Bd. 2 S. 175; Sintenis, Civil-Recht 3. Ausgabe Bd. 2 S. 742 Note 9; Windscheid, Pand.-Recht Bd. II. § 451 N. 10.

2) Glück, Komm. Bd. 5 S. 532, Unterholzner, Verjährung Bd. 2 S 757 Note 5, Arndt's Pand. 6. Aufl. § 334, Holzschuher, Theorie und Casuistik Bd. 1 S. 231 Ziff. 8, Wächter, Pand. Bd. I. S. 546 und Bd. II. S. 497, Windscheid a. a. O.

8. Einrede der Klagabtretung. Die für das Verhältniß zwischen Gläubiger und Bürgen behauptete peremtorische Wirkung derselben, wenn dem Kläger eine wirksame Abtretung der Klagerechte gegen den Hauptschuldner durch eigene Schuld unmöglich geworden ist, ist einer Ausdehnung auf das Verhältniß des Gläubigers zu mehreren Solidarschuldnern nicht fähig.

Der Beklagte war Theilhaber einer Bankfirma und wurde als solcher für eine Forderung des Klägers an diese Firma handelsgesetzlich solidarisch verpflichtet. Später wurde die Sozietät aufgelöst, wobei der Mittheilhaber des Beklagten die Aktiven und Passiven der seitherigen Gesellschaft dem Beklagten gegenüber übernahm, aber bald in Konkurs gerieth. Die Einrede des auf Bezahlung des Ganzen belangten Beklagten, daß Kläger zu Abtretung der ihm an den Mittheilhaber zustehenden Rechte verpflichtet, eine wirksame Abtretung dieser Rechte aber dem Kläger durch eigene Schuld unmöglich geworden sei und daß Beklagter in Folge des ihm hiedurch zugegangenen Nachtheils von der eingeklagten Schuld befreit werde, wurde als unhaltbar zurückgewiesen mit folgender Begründung.

Es bestehe kein Rechtssatz, nach welchem allgemein für den Fall, daß der Gläubiger die Erfolglosigkeit der Geltendmachung der von ihm dem Einen von mehreren Solidarschuldnern abzutretenden Rechte an den Andern verschuldet habe, der Erstere von seiner Solidarverbindlichkeit insoweit befreit werde, als der Gläubiger ohne dieses Verschulden von dem Letzteren hätte Befriedigung erlangen können. Einzelne Rechtslehrer gewähren zwar ein solches Recht dem Bürgen, welchem der Gläubiger seine Rechte an den Hauptschuldner nicht mehr wirksam abtreten könne. Es geschehe dieses jedoch aus Gründen, welche dem Rechte der Bürgschaft entnommen werden [1]), und es finde dieser Rechtssatz, selbst wenn er bei der Bürgschaft Geltung haben sollte, auf die solidarisch haftbaren Theilhaber einer aufgelösten Gesellschaft keine Anwendung.

1) Zu vergl. Sarwey, Monatschrift Bd. 17 S. 62 ff., Bd. 19 S. 276 ff.; Württemb. Archiv Bd. 9 S. 227 ff., Bd. 15 S. 162 ff.

Vielmehr leiste Kläger der ihm obliegenden Verbindlichkeit zur Klagabtretung Genüge, wenn er die von ihm gegen den Mittheilhaber der früheren Bankſozietät erworbenen Rechte, ſollte auch deren Geltendmachung erfolglos geworden ſein, dem Beklagten abtrete, wozu er ſich auch erboten habe. Hienach ſei der Umſtand, daß die Geltendmachung der Rechte an jenen Mittheilhaber, deren Abtretung Kläger dem Beklagten angeboten habe, erfolglos geworden ſein und der Kläger dieſe Erfolgloſigkeit durch ſeine Säumigkeit in Beitreibung ſeines Guthabens verſchuldet haben ſolle, eine Einwendung gegen den Klageanſpruch zu begründen nicht geeignet.

Erkenntniß des Oberlandesgerichts (II. Civ.-Senat) vom 12. Januar 1882 in Sachen Jaud gegen Riether.

9. Mehrere Prätendenten derſelben Forderung. Inwiefern kann der Schuldner angehalten werden, vor Austrag des Streites der Prätendenten unter einander an Einen derſelben zu bezahlen?

Unter den Rechtslehrern und in gerichtlichen Entſcheidungen findet ſich die Anſicht vertreten, daß bei Vorhandenſein mehrerer Forderungsprätendenten der Schuldner dem gegen ihn klagend aufgetretenen Gläubiger, auch wenn er ſeine Berechtigung zur Geltendmachung der Forderung nachgewieſen hat, die Zahlung verweigern dürfe, wenn er ihm nicht Sicherheit dafür leiſte, daß er ihn gegen die Anſprüche der anderen Prätendenten vertreten werde; auch könne der Schuldner, wenn dieſe Kaution nicht geleiſtet werde, ſich durch gerichtliche Hinterlegung des Schuldbetrages befreien [1]). Dieſe Anſicht iſt nicht vollſtändig zu billigen. Vielmehr ſteht dieſes Recht dem Schuldner nur dann zu, wenn er begründete Zweifel darüber hat, ob er an den klagenden Gläubiger mit Sicherheit d. h. ohne der Gefahr einer mehrfachen Zahlung ausgeſetzt zu ſein, bezahlen könne, was von dem Gerichte im einzelnen Falle nach den konkreten Verhält-

1) Bähr, Jahrb. f. Dogmat. I. S. 464 ff., Bolley, Komm. II. S. 907, Windſcheid, Pand. § 334, Arndt's Pand. § 256, Jahrb. f. Dogm. XVII. S. 15, Seuffert, Arch. II. Nr. 158, XXVIII. N. 25. Dresdener Entwurf, Art. 338.

niſſen zu beurtheilen iſt [2]). Denn es erſcheint als unbillig, daß der Schuldner gegenüber dem Gläubiger, welcher ſeine Berechtigung zur Geltendmachung der Forderung dem erſtern nachgewieſen hat, blos darum, weil ein Dritter einen ganz grundloſen Anſpruch auf dieſelbe Forderung erhebt, befugt ſein ſoll, die Zahlung bis zum Austrag des Streits zwiſchen den mehreren Prätendenten zurückzuhalten, beziehungsweiſe Sicherheitsleiſtung von jenem Gläubiger zu verlangen, oder den Betrag der Forderung gerichtlich zu hinterlegen. Der erſtere Gläubiger hat vielmehr, wenn ſeine Forderung fällig iſt, einen Anſpruch auf alsbaldige Befriedigung, er würde daher ebenſowohl durch die Ausſetzung derſelben bis zur Erledigung des mit dem anderen Forderungsprätendenten zu beginnenden Rechtsſtreits, als durch die Verpflichtung zur vorgängigen Sicherheitsleiſtung und durch die Hinterlegung namentlich auch bei einer verzinslichen Forderung, weil die Hinterlegung Befreiung des Schuldners und damit Aufhören des Zinſenlaufs zur Folge hat, in ungerechtfertigter Weiſe vernachtheiligt. Jener Gläubiger kann ſomit vom Schuldner verlangen, daß dieſer ſeine Forderungsberechtigung nicht leichtſinnig in Abrede ziehe, ſondern im Fall des Vorhandenſeins eines andern Prätendenten das von dieſem beanſpruchte Recht ſorgfältig prüfe und nur dann, wenn ſich bezüglich der Frage, ob er mit Sicherheit an den erſten Gläubiger zahlen könne, begründete Zweifel für ihn ergeben, deren Löſung ihm trotz jener Prüfung nicht möglich iſt, die Leiſtung der Zahlung ablehne. Eines weiter gehenden Schutzes gegen die Gefahr doppelter Zahlung iſt der Schuldner nicht benöthigt. Denn auch er darf von dem dritten Prätendenten, wenn er deſſen Anſprüche berückſichtigen ſoll, erwarten, daß er ihm die letzteren ſo weit begründe, um beurtheilen zu können, ob er im

2) Seuffert, Pand. § 250 bei und in Note 3, Puchta, Pand. § 287 bei Note 7, Arndt's Pand. § 261, Förſter, Theorie d. preuß. Pr. R. I. S. 670, Deruburg, preuß. Pr. R. II. S. 237, Buſch, Zeitſchr. f. Civ.Pr. I. S. 119, ROHG. Entſch. X. S. 431, XXIV. S. 326, Sächſ. Geſetzbuch, § 759; zu vergl. übrigens auch Jahrb. f. Dogm. XVII. S. 1 ff. 158 ff., Seuffert, Arch. XXIV. N. 20, ROHG. Entſch. XXIV. S. 315.

Fall der Richtigkeit der zu dieser Begründung vorgetragenen Thatsachen nicht ohne jene Gefahr an den klagenden Gläubiger zu zahlen in der Lage sei. Wird jene Begründung seines Anspruchs von dem dritten Prätendenten unterlassen, so hat sich dieser die nachtheiligen Folgen selbst zuzuschreiben, und es wird der Schuldner, welcher an den Kläger bezahlt, als in gutem Glauben demselben leistend von seiner Verpflichtung befreit. Zudem hat der § 72 der C.P.O. dem vorsichtigen Schuldner ein Mittel an die Hand gegeben, auch im Fall der Erhebung eines nicht begründeten Anspruchs auf die gegen ihn eingeklagte Forderung Seitens eines Dritten die angebliche Gefahr einer doppelten Zahlung zu vermeiden. Unterläßt nämlich auch der Dritte, auf die Streitverkündung des Schuldners in den Streit einzutreten, so wird ihm gegen ein den Letzteren zur Zahlung verurtheilendes Erkenntniß nach § 65 der C.P.O. die Einwendung der unrichtigen Entscheidung des Rechtsstreits gegen den Schuldner entzogen, und es kann dieser sich auf seine Verurtheilung zur Zahlungsleistung in demselben in einem spätern Prozesse des Dritten gegen ihn berufen. Macht nun aber der Schuldner von jenem Mittel keinen Gebrauch, so ist er dadurch, daß er zur Befriedigung der Forderung eines Gläubigers, dessen Berechtigung ihm nachgewiesen ist, angehalten wird, nicht beschwert.

Vorstehende Ansicht widerspricht auch nicht den gesetzlichen Bestimmungen über die Rechte des Schuldners beim Vorhandensein mehrerer Forderungsprätendenten. Es kann nämlich auf die, in diesem Fall dem Schuldner scheinbar ganz allgemein die Befugniß, Sicherheitsleistung zu verlangen oder gerichtlich zu hinterlegen, einräumenden Stellen des römischen Rechts [3]) kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, da es zweifelhaft ist, ob in denselben die thatsächlichen Voraussetzungen für jene Befugniß vollständig angegeben sind [4]).

Der § 72 der C.P.O. aber wollte für die vorliegende Frage, sofern nicht die besondern Voraussetzungen desselben (nämlich die Streitverkündung Seitens des belangten Schuldners an den nicht

3) L. 1 § 37 D. 16. 3, L. 18 § 1 D. 22. 1.

4) Jahrb. f. Dogm. XVII, 16, Busch, Zeitschr. f. Civilpr. I, 131.

klagend aufgetretenen Forderungsprätendenten und der Eintritt des Letztern in den Streit) zutreffen, eine Entscheidung nicht geben, da im Zweifel nicht anzunehmen ist, es habe die C.P.O. in die Bestimmungen des Civilrechts eingreifen wollen, und für eine dießfallsige Unterstellung sich auch keine Anhaltspunkte aus der Entstehungsgeschichte jenes §en ergeben [5]).

Im vorliegenden Fall stehen nun aber dem Beklagten keine begründeten Zweifel an der Berechtigung des Klägers zur Seite (folgt Ausführung darüber); daher Beklagter mit seiner aus dem Vorhandensein eines weiteren Forderungsprätendenten erhobenen Einwendung nicht weiter gehört wurde.

Erkenntniß des Oberlandesgerichts II. Civ.-Senats vom 1. März 1883 in Sachen Gerstler gegen Frank.

10. Zur Begriffsbestimmung des Paulianischen Dolus außerhalb des Konkurses.

Der Kläger hat von seinem Schuldner, einem Wirth und Fuhrmann, bei welchem er 800 M. gut hatte, zu seiner Deckung dessen Pferde und Fuhrmannsfahrniß, welche 600 M. werth war, erkauft, seine Forderung mit dem auf die Höhe derselben festgesetzten Kaufschillinge kompensirt, dem Schuldner aber die erkaufte Fahrniß wieder miethweise belassen. Als ein Theil dieser Fahrniß demnächst von dem Beklagten als Gläubiger des Verkäufers gepfändet wurde, erhob der Kläger Widerspruchsklage im Sinne des § 690 C.P.O., indem er sich auf sein constituto possessorio erworbenes Eigenthumsrecht berief. Die Ernstlichkeit dieses Vertrages, insbesondere die Ernstlichkeit der Kompensation und der definitiven Tilgung der ursprünglichen Forderung des Klägers wurde nach Lage des Falles oberstrichterlich bejaht und hienach die von dem Beklagten erhobene Einrede der Simulation verworfen. Die weitere auf Grund des § 3 Ziff. 1 des Anfechtungsgesetzes vom 20. Juli 1879 geltend gemachte Einrede der Paulianischen Benachtheiligung aber ist in folgender Weise zurückgewiesen worden.

5) Zu vergl. Jahrb. f. Dogm. a. a. O. 56, Busch a. a. O. I. 124, Gaupp, Komm. I. 23, Mandry, der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze (2. A.) 430, 432.

Wäre die Absicht und die Bekanntschaft mit der Absicht der Vernachtheiligung der Gläubiger schon darin zu finden, daß die an der Veräußerung betheiligten Kontrahenten sich der Unfähigkeit des Schuldners, seine sämmtlichen Gläubiger zu befriedigen, sowie dessen bewußt sind, daß um dasjenige, was dem einen Gläubiger behufs seiner Befriedigung zugewendet wird, die übrigen Gläubiger weniger erhalten, und die Befriedigung in diesem Bewußtsein, welches sich dadurch zur Absicht gestaltet, vornehmen, so wäre die Anfechtung begründet. Denn nicht blos der Schuldner selbst, sondern auch der Kläger kannten damals, wie nicht zu bezweifeln ist, die mißlichen Umstände des Ersteren und sie mußten sich bei dem Veräußerungsvertrag sagen, daß der nachkommende Gläubiger nur noch spärliche, weitere Gläubiger keine Exekutionsgegenstände mehr vorfinden werden.

Allein dieses Bewußtsein und diese Absicht ist in Verhältnissen außerhalb eines eingeleiteten oder bevorstehenden Konkursverfahrens nicht rechtswidrig und kann keine Anfechtung begründen. Außerhalb des Konkurses und solange auf dessen Eröffnung kein Antrag gestellt wird, ist der Weg der successiven Befriedigung der einzelnen Gläubiger, so wie sie sich melden oder auf Grund vollstreckbarer Titel die Zwangsvollstreckung vornehmen, der ordnungsmäßige und allein mögliche Weg der Abwicklung des Schuldenwesens. Eine Pflicht der Rücksichtnahme des einen Gläubigers auf den andern besteht, so lange kein Konkurs beantragt wird oder bevorsteht, nicht. Erst mit dem Konkurs oder mit der demselben vorangehenden Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf seine Eröffnung entsteht ein Anrecht der Gläubiger auf eine prioritätsgesetzliche Vertheilung der Mittel des Schuldners, die par conditio creditorum. Die Fälle der Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wegen Verletzung dieses sog. Konkursanspruchs der Mitgläubiger sind in § 23 der Konkursordnung zusammengestellt Dieser Paragraph, welcher seinem Inhalte nach nur auf die Anfechtung im Konkurse Bezug hat, ist in dem Anfechtungsgesetze vom 20. Juli 1879 nicht wiederholt und auch nicht in veränderter oder angewandter Gestalt herübergenommen (vergl. Motive zu § 3), und es dabei belassen worden, daß wegen Rücksichtnahme auf eine gleiche Lage der Gläubiger außerhalb des Konkurses eine Anfechtung nicht statt-

haft ist. Die zu einer Anfechtung hinreichende Absicht ist aber hienach außerhalb des Konkurses auf den Fall beschränkt, wo Jemand Mittel des Schuldners hinwegnimmt, welche ihm bewußter Maßen nicht gebühren, sei es daß er gar nicht Gläubiger ist und sie ihm unentgeldlich zugewendet werden, oder daß dasjenige, was ihm zu seiner Befriedigung gebührt, überschritten wird, oder daß bei einem zweiseitigen Geschäfte seine Gegenleistung hinter dem Empfange zurückbleibt.

Die Probe für die Richtigkeit dieser Auffassung liegt in der Bestimmung des § 7 des Anfechtungsgesetzes in Vergleichung mit § 30 der Kont.O. Das durch den Anfechtungsprozeß Erstrittene ist im Falle des Konkurses in die Konkursmasse zurückzugewähren und kommt dort zur prioritätsgesetzlichen Vertheilung unter die sämmtlichen Gläubiger, an welchen der Anfechtungsgegner seinerseits selbst wieder Theil nimmt, wenn er zu den Gläubigern des Gemeinschuldners gehört hat, welchenfalls nach Aufhebung des angefochtenen Geschäfts seine ursprüngliche Forderung wieder ins Leben tritt. Außerhalb des Konkurses dagegen hat der Anfechtungsgegner das Empfangene derart zurückzugewähren, daß der Gläubiger in dasselbe die Zwangsvollstreckung für den Betrag seiner Forderung erwirken kann (zu vergl. Motive zu § 7). Das von dem Anfechtungsbeklagten Zurückzugewährende kommt nicht zwischen ihm und dem Anfechtungskläger zu einer ausgleichenden Vertheilung, wofür es außerhalb des Konkurses überhaupt keinen Maßstab gibt, sondern was der Anfechtende erstreitet, kommt, soweit er es zur Befriedigung nur seiner Forderung benöthigt, ausschließlich ihm selbst zu gute. Unmöglich kann ihm aber dieses Recht gegenüber einem Gegner zukommen, welchem nichts weiter zum Vorwurfe gereicht, als daß er die Deckung für seine Forderung von dem gemeinsamen Schuldner, welchen der Anfechtende mit seiner Klage oder Einrede erstrebt, sich zuvor schon verschafft hatte. Sonst würde mit dem Momente, wo der obsiegende Gläubiger das erstrittene Exekutionsmittel in dem Bewußtsein, es dem Gegner und den weiteren Gläubigern entzogen zu haben, zu seiner Befriedigung verwendet, der Vorwurf der Paulianischen Verkürzung der Mitgläubiger auf ihn selbst Anwendung finden.

Es fragt sich, ob diese Sätze für den vorliegenden Fall dadurch ihre Anwendung verlieren, daß der Beklagte von dem Schuldner nicht baare Bezahlung seiner Schuld, sondern Mobiliargegenstände desselben kaufweise erhalten und seine Forderung durch Verrechnung mit dem schuldig gewordenen Kaufschillinge getilgt hat. Dieß ist zu verneinen. Das Gesetz macht zwar für die Anfechtung im Konkurs einen Unterschied zwischen dem Falle, wo der Gläubiger diejenige Befriedigung erhielt, welche er anzusprechen hatte, und wo er eine Sicherung oder Befriedigung erhalten hat, die er nicht oder nicht in der Art oder zu der Zeit zu beanspruchen hatte, so daß Hingaben der letztern Art eine strengere Behandlung erfahren (Art. 23 Konk.O.). Allein diese Unterscheidung ist nur für den sog. Konkursanspruch gemacht, derart, daß eine Verletzung der Gleichheit der Gläubiger und die Absicht einer Begünstigung vor den andern Gläubigern alsdann vermuthet wird, wenn die Befriedigung oder Sicherstellung eines Gläubigers in einem gewissen der Konkurseröffnung vorangehenden Zeitraume in einer Weise, wie sie nicht geschildert war, erfolgte. Für das Gebiet des Paulianischen Dolus (§ 24 Ziff. 1 Konk.O., § 3 Ziff. 1 des Anfechtungsgesetzes) ist diese Unterscheidung keine gesetzlich maßgebende, und es ist das richterliche Ermessen darüber, wo hier die betrügerische Absicht beginne, nicht beschränkt. Wenn gleichwohl auf die gedachte Unterscheidung auch bei Prüfung der Paulianischen Arglist Rücksicht zu nehmen ist, und es sich finden kann, daß die betrügerische Absicht gerade in der anderweiten Art der Leistung, sei es in Beziehung auf das ganze Geschäft, oder wenigstens einen Theil desselben erkennbar wird, z. B. bei Bezahlung einer nicht fälligen Schuld für den Betrag der Zwischenzinse, oder bei Hingabe an Zahlungsstatt für den Mehrwerth des Hingegebenen über die Forderung, so kann doch für den vorliegenden Fall von einer solchen betrügerischen Absicht keine Rede sein. Der Kläger hat um die in Rede stehende Fahrniß einen größern Kaufpreis bezahlt, als sie werth ist; er hat, um den Schuldner zu schonen, den für sich selber wieder vortheilhaften Weg des Ankaufs und der Wiedervermiethung gewählt, gegenüber dem anderen Wege, daß er sich einen vollstreckbaren Titel verschafft und die Exekution bewirkt

hätte. Er hat durch diesen gebrauchten Umweg den Mitgläubigern nicht nur keinerlei Nachtheil zugefügt, welchen sie nicht durch jede andere direkte Deckung seiner Forderung aus dem Vermögen des Schuldners gehabt hätten, sondern er hat den Schuldner bei Ausübung seines Fuhrmannsgewerbes erhalten und dadurch den Mitgläubigern eine Möglichkeit fernerer Befriedigung durch den Fuhrmannsverdienst verschafft, welche sie nicht gehabt hätten, wenn die Fuhrmannsgeräthe zur Zwangsvollstreckung gebracht worden wären. Müßte der Kläger dem Beklagten die übernommene Fahrniß überlassen, damit Letzterer sich von ihrem Erlöse bezahlt mache, so wäre der Beklagte genau in derjenigen Lage, welche er dem Kläger zum Vorwurfe macht, nämlich daß er sich zum Nachtheile des Klägers als seines ihm bekannten Mitgläubigers und der übrigen Mitgläubiger die einzig noch vorhandenen Befriedigungsmittel des Schuldners aneignete. Dem Beklagten kann diesbezüglich kein Vorzugsrecht vor dem Kläger zustehen, wie es außerhalb des Konkurses überhaupt keine Vorzugsrechte der Gläubiger giebt [1]).

Erk. des Oberlandesgerichts (I. Civ.-Sen.) vom 13. Juli 1883 in Sachen Rettenmayer gegen Rau.

11. Tradition eines verkauften Pachtguts. Hinderung derselben durch das Widerstreben des in der Detention befindlichen Pächters. Einschränkung des Satzes: Kauf bricht Miethe.

Der Eigenthümer eines verpachteten Hofguts hatte dasselbe verkauft, war sodann mit dem Käufer auf dem Gute zusammengetroffen und hatte ihm unter Hinweisung auf die Gebäude und das umliegende Feld erklärt, daß dieses Alles von nun an sein Eigenthum sei. Auf Grund dieses Uebergabeaktes erhob der Käufer, gestützt auf den Rechtssatz: Kauf bricht Miethe, gegen den Pächter die Eigenthumsklage auf Verlassen des Pachthofes und auf Zurücklassung der seit jener Uebergabe gezogenen Früchte.

---

1) Zu vergl. die Entscheidung des preuß. Obertribunals bei Korn, Anfechtung von Rechtshandlungen ꝛc. S. 108. 109 und Korn an dems. Ort S. 113. 114.

Der Pächter indessen, welchem nach Inhalt des Pachtvertrags der Pacht noch zwei Jahre lang zu belassen gewesen wäre, und auf dessen Rechte von dem neuerdings im Auslande wohnhaften Verpächter bei dem Verkaufe keine Rücksicht genommen worden war, erklärte dem Verpächter und dem Käufer schon gleich bei deren Zusammenkunft auf dem Hofgut, er räume den Hof nicht, er werde fortfahren, den Hof zu bewirthschaften und zu benützen, bis der Verpächter mit ihm abgekommen sei, er lasse den Käufer nicht aufziehen, auch nicht seine Fahrniß unterbringen. Auf diese ablehnende Erklärung des Pächters hatte der Käufer einen weiteren Versuch, den Hof in seinen Besitz zu nehmen, nicht mehr gemacht.

Die Eigenthumsklage wurde abgewiesen. Durch die Handlung des Verkäufers sei der Kläger zur thatsächlichen Herrschaft über das Gut nicht gelangt, weil der Beklagte, dessen Dazwischentreten die Absicht verfolgt habe, einen Besitzübergang auf den Kläger wenigstens vorläufig zu hintertreiben, den Erfolg des vermeintlichen Traditionsaktes verhindert habe. Die Rechtsansicht, daß der Verkäufer dem Käufer eine verpachtete Sache wirksam tradiren könne, auch wenn der detinirende Pächter dem Besitzerwerb des Käufers entgegentrete [1]), könne nicht für begründet erkannt werden. Zur Tradition werde erfordert, daß der Uebergebende sich seines Besitzes entäußere und auf den Empfänger die physische Herrschaft über die Sache übertrage. Der Eigenthümer einer Sache, welcher dieselbe verpachte und dem Pächter übergeben habe, bleibe zwar juristischer Besitzer, die faktische Herrschaft über dieselbe werde aber durch eine Mittelsperson als Stellvertreter in deren eigenem Interesse verwaltet. Wolle der Verpächter die Sache in Folge Verkaufs derselben durch Tradition in den juristischen Besitz des Käufers übertragen, so müsse er ihn in die Lage versetzen, thatsächlich unbeschränkt über die Sache verfügen zu können. Dieß werde erreicht, wenn der Pächter nunmehr den Besitz für den Käufer verwalten zu wollen erkläre. Wenn dagegen der Pächter erkläre, daß er keineswegs Vertreter des Käufers sein

1) Seuffert, Archiv Bd. 24 Nr. 210, Bd. 30 Nr. 8, Träger in der Zeitschr. f. Civ.-Recht und Prozeß Bd. 18 S. 61 ff.

wolle, und wenn er die Besitzergreifung durch den Käufer selbst nicht gestatte, so könne vorerst auch kein Besitzübergang auf den Käufer eintreten. Denn die thatsächliche Gewalt über die Sache habe er weder in eigener Person, noch durch einen Vertreter erlangt. In solchen Fällen bleibe daher dem Verpächter überlassen, zutreffendenfalls mit der Klage aus dem Pachtvertrag oder mit Besitzrechtsmitteln das durch den Pächter der Besitzübergabe bereitete Hinderniß hinwegzuräumen [2]).

Erk. des Oberlandesgerichts (II. Civil-Senats) vom 7. Dezember 1882 in Sachen Schneider gegen Mack.

12. Verwirkung des elterlichen Nutznießungsrechts am Vermögen der Kinder. L.R. IV. Tit. 11 § 2. Dieselbe kann nicht durch Verfügung der Vormundschaftsbehörde, sondern nur durch richterliches Urtheil verhängt werden. Beschwerderecht der Gläubiger gegen die Entziehung durch die Vormundschaftsbehörde.

Zu Gunsten zweier Gläubiger des N. war der diesem zustehende Anspruch auf die Nutznießung an dem adventizischen Sondergute seiner Kinder auf Grund des § 754 Abs. 3 der C.P.O. (zu vergl. § 1 Abs. 2 der Konk.O.) gepfändet und gemäß § 736 dem pfändenden Gläubiger zum Einzug überwiesen worden. Später verfügte das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Schuldner wohnhaft ist, im Wege der vormundschaftlichen Aufsicht, daß auf Grund des L.R. IV, 11 § 2 das Nutznießungsrecht des N. als verwirkt zu behandeln und demselben zu entziehen sei. N. ließ sich diese Verfügung gefallen, die Gläubiger aber betraten den Beschwerdeweg und erlangten bei dem Landgericht die Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses, welche Aufhebung auf weitere Beschwerde des für die N.'schen Kinder aufgestellten Pflegers auch in der zweiten Beschwerdeinstanz bestätigt wurde.

Da der Nutznießungsanspruch den Gläubigern im Zwangs-

2) Zu vergl. Vangerow, Pand. 7. Aufl. Bd. III. S. 455, Windscheid, Pand. II. § 600 Note 7, I. § 155 Note 4 und bei Note 7, Mühlenbruch, Zession S. 279 Anm., Sintenis, Civ.R. II. § 118 Nr. 117, Seuffert, Archiv Bd. 31 Nr. 203, auch Wächter, Pand. II. S. 80 Z. 7, S. 66 Z. 2, S. 67—69, S. 107 unten.

vollstreckungswege zum Einzug überwiesen worden ist, so können diese die Nutznießung im Namen des Nutznießungsberechtigten in demselben Umfang und für dieselbe Zeitdauer, wie der Letztere, zu Befriedigung ihrer Forderungen ausüben. Der Nutznießungsberechtigte darf aber nach erfolgter Pfändung, da ihm durch diese jede Verfügung über das Nutznießungsrecht untersagt wird, auf letzteres nicht verzichten. Einem solchen Verzichte steht es gleich, wenn der Nutznießungsberechtigte sich bei der Anordnung einer Behörde, durch welche ihm die Nutznießung unberechtigter Weise entzogen wird, beruhigt. In diesem Falle würde nämlich mit der in Folge des Aufhörens der Nutznießung der Eltern eintretenden Konfusion des Nutznießungsrechts mit dem Eigenthumsrechte der Kinder, welchen die Nutznießung ihres Vermögens zufiele und dem dadurch bewirkten Untergang des Pfandobjektes das Pfandrecht der Gläubiger, welche jene Nutznießung gepfändet haben, erlöschen. Es müssen daher diesen Gläubigern gegen obige Anordnung, auch wenn sie vom Nutznießungsberechtigten nicht angefochten wird, alle diejenigen Rechtsmittel, welche der letztere zur Anfechtung der Anordnung anwenden kann, zustehen und es ist ebendarum ihr Beschwerderecht nicht zu beanstanden.

Die Nutznießung des Vaters bezw. der Mutter an dem adventizischen Sondergute der Kinder ist nach württembergischem Recht ein Ausfluß der häuslichen Zucht, welche der Vater und nach dessen Tod die Mutter über die von ihnen noch unterhaltenen Kinder hat. Dieß ergibt sich daraus, daß auch die überlebende Mutter, nicht blos wie nach römischem Recht kraft seiner väterlichen Gewalt der Vater, jene Nutznießung hat, und daß dieselbe, abgesehen von der lebenslänglichen statutarischen Nutznießung, nicht schon mit erreichter Volljährigkeit, sondern erst mit dem Ausscheiden der Kinder aus dem Haushalt und damit der Zucht der Eltern nach der Volljährigkeit aufhört[1]). Jenes Nutznießungsrecht beruht somit nicht auf der Stellung, welche der Vater als der natürliche Vormund seiner Kinder hat, und unterliegt deßhalb auch nicht der Kognition

1) L.R. III, 2 § 10 a. E., IV, 9 § 2 und 5, 11 § 2, 12 § 1; Württ. Archiv VI, 244. 246; Griesinger, Komm. IX, 677; Lang, Pers.R. (2. A.) S. 535.

der Vormundschaftsbehörde. Vielmehr ist dasselbe ebenso, wie das elterliche Erziehungsrecht, ein Privatrecht der Eltern, über dessen Bestehen, wenn hierüber die Eltern unter einander, oder die Eltern und Kinder, beziehungsweise die gesetzlichen Vertreter der letztern im Streit sind, nur auf demjenigen Wege entschieden werden darf, auf welchem solches in Ermanglung entgegenstehender gesetzlicher Bestimmungen nach allgemeinen Grundsätzen allein zu geschehen hat. Dieser Weg ist aber der des ordentlichen prozessualischen Verfahrens, da nur dieses eine genügende Garantie für die Abwägung der beiderseitigen Behauptungen der streitenden Theile bietet, nicht aber das der sogenannten außergerichtlichen Entscheidung. Zu einer Abweichung von jenen allgemeinen Grundsätzen liegt für den Fall der Entziehung des Nutznießungsrechts nach Maßgabe des L.R. IV 11 § 2, welche Bestimmung nach der herrschenden Ansicht, nicht blos auf das den Kindern von einem ihrer vorverstorbenen Eltern, sondern auch das denselben von dritten Personen angefallene, der Nutznießung unterliegende Vermögen anzuwenden ist[2]), kein Grund vor. Denn wenn die angeführte Landrechtsstelle besagt, es sollen im Fall des Zutreffens der in derselben bezeichneten Voraussetzungen die „Amptleut und Gericht" den Eltern die Kinder und ihr Gut nicht untergeben, beziehungsweise nehmen, so ist damit, da die unter den „Amptleut und Gericht" zu verstehenden Stadt- und Dorfgerichte Organe ebensowohl der streitigen, wie der nicht streitigen Gerichtsbarkeit gewesen sind[3]), die Entscheidung über die Entziehung der Nutznießung der Eltern an dem Vermögen ihrer Kinder durch jene Gerichte im ordentlichen Rechtsweg nicht ausgeschlossen. Die Gesetze aber, welche die Zuständigkeit der an die Stelle der Stadt- und Dorfgerichte tretenden Oberamtsgerichte, und der Magistrate, jetzt Gemeinderäthe auf dem Gebiet der nicht streitigen Gerichtsbarkeit regeln[4]), führen die Entziehung der Nutznießung nach Maßgabe

2) Erl. des Pup. Sen. des O.Tr. vom 31. August 1848 (II. Erg. B. zum Rbl. v. 1852 S. 81); Reyscher, württ. Pr.R. III. § 605 bei und in Note 12, § 585; Weißhaar, württemb. Pr.R. § 244, 207; Lang a. a. O. S. 535 bei Note 40, S. 504 bei und in Note 11.

3) Wächter, württ. Pr.R. I, 42 ff., 279 ff., 450, 651, 658.

4) Wächter, a. a. O. 864 ff., N.O. vom 19. Juni 1808 § 2, 7,

obiger Landrechtsbestimmung nicht unter den der Zuständigkeit der Organe der nicht streitigen Gerichtsbarkeit unterliegenden Akten der Rechtsfürsorge auf. Auch von den Gerichten ist sowohl über jene Entziehung mehrfach [5]), als über das auf demselben Grund, wie das elterliche Nutznießungsrecht, beruhende Erziehungsrecht der Eltern gegenüber den Kindern in einer Reihe von Fällen [6]), im ordentlichen Rechtsweg entschieden worden. Hienach war auch im vorliegenden Fall, wo zwischen den Pfändungspfandgläubigern der nutznießungsberechtigten Eltern und den gesetzlichen Vertretern der Kinder, an deren Vermögen die Nutznießung stattfindet, Streit darüber entstanden ist, ob diese den Eltern entzogen werden darf, hierüber im ordentlichen Rechtsweg zu entscheiden.

Beschluß des Oberlandesgerichts (II. Civil-Senats) vom 21. März 1883 in der Beschwerdesache Schnell gegen Herder und Genossen.

13. Pfandklage gegen den Besitzer aushilfsweise eingelegter Unterpfänder. Einrede der Vorausklagung des persönlich haftenden Schuldners und Einrede der nachlässigen Ausklagung desselben. Vertheilung der Beweislast bei letzterer Einrede.

Nach Art. 116 des Pfandgesetzes steht der Pfandklage die Einrede der Vorausklage dann entgegen, wenn das Unterpfand wegen einer für einen Andern geleisteten einfachen Bürgschaft bestellt worden ist. Diesem Fall steht die Verpfändung für eine fremde Schuld gleich, welche in der dem Gläubiger erklärten Absicht vorgenommen wird, daß der Verpfänder dem letztern mit dem Unterpfand nur insoweit hafte, als der Gläubiger vom Hauptschuldner keine Befriedigug erlange. Denn wie der einfache Bürge sich gegen den Gläubiger nur subsidiär für die Hauptschuld persönlich verbindlich macht, so übernimmt der Ein-

8, 10, 11, 15, 16—21; IV Ed. v. 31. Dez. 1818 § 39 und 191; Not. Ed. v. 29. August 1819 und Vollz.V.O. v. 24. Mai 1826 Art. I. und XVIII; Not Ges. v. 14. Juni 1843 Art. 1 u. 3, 48, 49, 53.

5) Kapff, Civilrechtsspr. S. 189; Tafel, Civilrechtsspr. III, 222.

6) Zu vergl. auch Griesinger, Komm. IX, 725; württ. Archiv IV, 429 ff. XII, 394, XV, 175

leger eines aushilfsweise haftenden Unterpfands eine dingliche Verpflichtung für den Ausfall der Forderung des Gläubigers bei dem Hauptschuldner. Jene Absicht des Verpfänders kann nun insbesondere dann unterstellt werden, wenn die Pfandbestellung für eine fremde Schuld nur zur Ergänzung der von dem Hauptschuldner dem Gläubiger geleisteten Realsicherheit erfolgt ist [1]). Es darf daher der für eine fremde Schuld aushilfsweise haftende Verpfänder, wie ein Bürge mit der Rechtswohlthat der Vorausklage, von dem Gläubiger nur insoweit in Anspruch genommen werden, als der letztere ohne seine Schuld von dem Hauptschuldner insbesondere auch aus dem von diesem bestellten Unterpfand nicht befriedigt worden ist. Unterläßt der Gläubiger vor dem Angriff jenes Verpfänders diejenigen Schritte, welche zur Erlangung der Befriedigung vom Hauptschuldner nothwendig sind, und veräußert er namentlich das Unterpfand des Hauptschuldners schuldhafter Weise nicht um einen dem wahren Werth desselben entsprechenden Preis, so macht er sich einer Nachlässigkeit in Beitreibung seiner Forderung bei dem Hauptschuldner schuldig, auf Grund welcher dem Einleger des aushilfsweise bestellten Unterpfands gegen den Anspruch des Gläubigers die Einrede zusteht, daß der Fall, für welchen er sich diesem gegenüber dinglich verpflichtet habe, nicht eingetreten sei, weil die Nichterlangung der Befriedigung des Gläubigers durch die zur Herbeiführung derselben erforderlichen Maßregeln gegen den Hauptschuldner nicht festgestellt sei [2]).

Zur Entkräftigung dieser Einrede hat der Gläubiger im Weg der Replik darzuthun, daß durch die Unterlassung jener Maßregeln dem Einleger des Hilfspfands kein Nachtheil erwachsen sei [3]).

Im vorliegenden Fall hat nun der Beklagte dem Kläger

---

1) Bolley, Komm. I, 438 N. 1, 469, III, 1178 N. 3.

2) Zu vergl. l. 18 C. 8, 41, Windscheid, Pand. II § 478 bei und in Note 10, Arndt's Pand. § 357 N. 2, Vangerow, Pand. III. § 578 A. 4, Entscheid. d. R.O.H.G. IX, 189, Sarwey, Monatschr. XIX, 277, 298.

3) Sarwey, Monatschr. XVII, 68, Tafel, Civilrechtspr. V, 104, dieses Archiv IX, S. 252, XV, S. 163.

zu dem diesem vom Hauptschuldner bestellten Unterpfand längere Zeit nachher ein ihm gehöriges Grundstück „zur besseren Sicherheit", wie der Eintrag im Unterpfandsbuch besagt, als Pfandobjekt gegeben. Letzteres sollte somit zu dem Unterpfand des Hauptschuldners behufs Ergänzung der durch dasselbe gewährten Sicherheit hinzutreten, und es kann daher hieraus die dem Gläubiger erklärte Absicht des Beklagten, das Unterpfand nur aushilfsweise einzulegen, um so mehr entnommen werden, als diese Absicht der auf Uebernahme einer beschränkteren Verpflichtung des Beklagten gehenden rechtlichen Vermuthung entspricht. Dem oben Bemerkten zufolge hatte hienach der Kläger, ehe er den Beklagten aus dem von diesem bestellten Hilfspfand in Anspruch nahm, sich die Befriedigung seiner Forderung aus dem Erlös des Unterpfands des Hauptschuldners durch diejenige Form des Verkaufs desselben zu verschaffen, welche nach dem Gesetz allein die Gewähr für die Erzielung des entsprechenden Gegenwerths in Geld bietet. Diese Form ist aber die nach dem Gesetz vom 18. August 1879, betr. die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen, Art. 6 ff. auch für den Zwangsverkauf der Unterpfänder (Art. 7 Abs. 2, 10 Abs. 2, 11 Abs. 2, 15 Abs. 3, 22 Z. 5) vorgeschriebene öffentliche Versteigerung. Zwar ist nach Art. 94 des Pfandgesetzes der Eigenthümer des Unterpfands berechtigt, dieses im Weg des Privatverkaufs zu veräußern und aus dem Erlös den Pfandgläubiger zu befriedigen. Allein reicht dieser Erlös zur Deckung der Forderung des letztern nicht aus und ist der Käufer des Unterpfands mit der Fortdauer des Pfandrechts bezüglich des nicht befriedigten Theils der Forderung des Pfandgläubigers nicht einverstanden, so kann dieser die öffentliche Versteigerung des Unterpfands beantragen[4]).

Wird sodann der bei der öffentlichen Versteigerung erzielte Erlös gemäß Art. 129 des Pfandgesetzes bezahlt, so erlischt das Unterpfandsrecht, auch wenn die Forderung des Pfandgläubigers aus diesem Erlös nicht vollständig gedeckt wird. Hieraus geht hervor, daß der Pfandgläubiger sich nur den bei der öffentlichen Versteigerung erzielten Erlös seines Unterpfands als Entgelt für

4) Pfandgesetz a. a. O., PfandE.G. Art. 34.

den Werth deſſelben gefallen laſſen muß, daß ſomit dieſer Erlös allein von dem Geſetz als dem Verkehrswerth des Unterpfands gleichkommend angeſehen wird. Dieß beruht auf der Erwägung, daß die für den Zwangsverkauf vorgeſchriebenen Förmlichkeiten, namentlich die öffentliche Bekanntmachung des Verkaufstermins und die öffentliche Vornahme des Verkaufs mittelſt Aufſtreichs unter amtlicher Leitung, zur Erzielung eines dem wirklichen Verkehrswerth des Unterpfands entſprechenden Preiſes als beſonders förderlich erachtet werden. Die Einhaltung der bezeichneten Form des Verkaufs des vom Hauptſchuldner beſtellten Unterpfands iſt für den Gläubiger, wenn er ſich aus dieſem befriedigen will, gegenüber dem für den Ausfall des Erlöſes aus jenem Unterpfand haftenden Einleger des Hilfspfands um ſo mehr gebeten, als der letztere, wenn er auch nach dem Geſetz von dem Verkaufstermin amtlich nicht zu benachrichtigen iſt (Zwangsvollſtr.Geſ. Art. 10 Abſ. 2), immerhin durch die öffentliche Bekanntmachung deſſelben Kenntniß von der bevorſtehenden Verſteigerung des Unterpfands erlangen kann und Gelegenheit erhält, entweder letzteres ſelbſt unter Umſtänden für einen ihm günſtigen Preis zu erwerben und durch eine Wiederveräußerung des Unterpfands zu einer ihm gelegenen Zeit den ihm in Folge des Angriffs des Gläubigers erwachſenden Nachtheil ganz oder theilweiſe auszugleichen, oder aber Kaufsliebhaber, die einen höhern Preis zu bieten bereit ſind, beizubringen. Auch würden, wenn man dem Gläubiger im Verhältniß zum Einleger des Hilfspfands geſtatten wollte, das Unterpfand des Hauptſchuldners im Weg des Privatverkaufs um einen den Betrag ſeiner Forderung nicht deckenden Preis zu veräußern oder ſogar, wie dieß im vorliegenden Fall geſchehen iſt, ſelbſt zu erwerben, Kolluſionen zum Nachtheil des aushilfsweiſe haftenden Verpfänders möglich ſein, welche im Fall einer öffentlichen Verſteigerung des Unterpfands des Hauptſchuldners vermieden werden. Da nun der Kläger unterlaſſen hat, das letztere behufs ſeiner Befriedigung im Wege des öffentlichen Aufſtreichs veräußern zu laſſen, vielmehr jenes Unterpfand durch einen Privatkauf um einen den Betrag ſeiner Forderung nicht erreichenden Preis erworben hat, ſo trifft ihn der Vorwurf der Nachläſſigkeit bei der Ausklagung des Hauptſchuldners.

Seinem Anspruch gegen den Beklagten steht daher die von demselben geltend gemachte Einwendung entgegen, daß der Kläger im Falle der Vornahme eines Zwangsverkaufs aus dem Erlös des Unterpfands des Hauptschuldners vollständig befriedigt worden wäre, falls der Kläger nicht beweisen kann, daß der Zwangsverkauf dieses Unterpfands ein günstigeres Ergebniß nicht geliefert haben würde, als der Privatverkauf, durch welchen er das Unterpfand des Hauptschuldners erworben hat. In diesem Fall hätte nämlich jene Nachlässigkeit des Klägers einen nachtheiligen Erfolg für den Beklagten nicht gehabt und es würde daher die hierauf gestützte Einrede des letztern entkräftet sein. [Folgt Ausführung, daß dieser Beweis gegebenen Falls nicht geliefert, insbesondere durch Schätzung von Sachverständigen nicht zu liefern sei.]

Erkenntniß des Oberlandesgerichts (II. Civil-Senats) vom 22. Febr. 1883 in Sachen Spielmann gegen Baumgärtner.

14. Testamentsförmlichkeiten.

Gültigkeit eines schriftlichen Privattestaments, obwohl die Zeugen nicht auf der Testamentsurkunde selbst, sondern auf dem mit dem Testamente nicht zusammengehefteten, aber mit demselben in einen Umschlag gebrachten Solennisationsprotokoll unterschrieben haben.

Wenn auch unter den Rechtslehrern nicht unbestritten ist, ob nicht das schriftliche Privattestament bei den Römern von den Testamentszeugen sowohl innen, als auch außen, d. h. zweimal habe gesiegelt und unterschrieben werden müssen[1]), so steht doch nach der Notariatsordnung von 1512 II. § 7 und nach einem aus der jetzigen veränderten Bedeutung der Besiegelung hervorgegangenen anerkannten Gewohnheitsrechte als heutiges auch in Württemberg geltendes Recht für das gemeinrechtliche schriftliche Privattestament unzweifelhaft fest, daß die Unterschrift und Siegelung der Zeugen nur einmal und zwar entweder im Innern des Testaments oder außen auf dem Umschlage des verschlossenen Testaments erfordert wird[2]). Betreffs der Art und Weise der

1) Vangerow, Pand. II. § 445 Note 2, Glück, Komm. Bd. 34 S. 442 ff. vergl. S. 440. 441.

2) Vangerow a. a. O. Glück a. a. O. S. 454 ff. S. 461,

Zeugenunterschrift wird von Manchen angenommen, daß die Zeugen schon in der römischen Zeit ihre Namensunterschrift beizufügen gehabt haben, wer sie seien und wessen Testament sie unterschrieben haben, und in einigen aufgefundenen römischen Testamenten waren von den Zeugen noch weitere Zusätze über ihre Rogation sowie darüber, daß der Testirer in ihrer Gegenwart unterzeichnet habe, und über den Inhalt des Testaments gemacht [3]). Wenn nun auch nach der Notariatsordnung, weil sie nichts derartiges vorschreibt, solche Beisätze von den Rechtslehrern für entbehrlich gehalten und die bloßen Namensunterschriften der Zeugen für hinreichend angesehen werden [4]), so zeigt doch die tägliche Erfahrung und Uebung, wenigstens in Württemberg, daß die Zeugen bei Errichtung gemeinrechtlicher schriftlicher Privattestamente sich nicht auf die bloße Beifügung ihrer nackten Unterschrift nebst Siegelung unter die Willensverordnung und bezw. Unterschrift des Testirers beschränken, sondern zu besserer Sicherung des Solennisationsnachweises gleichsam im Anschluß an die kaum erwähnten römischen Testamentsvorgänge in ihrer Beurkundung über den Testamentsakt die die Testamentserrichtung bildenden Thatsachen, nämlich sowohl die Handlungen des Testirers als ihre eigenen Handlungen und Wahrnehmungen anführen und nach Analogie des bei den württembergischen Testamentsformen stattfindenden Verfahrens insbesondere die Rogation durch den Testirer, die Ermittlung seiner Testirfähigkeit, die Vorlegung und Unterzeichnung des letzten Willens durch den Testirer in Gegenwart der Zeugen, die Befragung und Versicherung desselben über seine Willensfreiheit sowie die Einheit der Handlung und überhaupt alle sonstigen auf die Erfüllung der gesetzlichen Förmlichkeiten bezüglichen Umstände speziell bezeugen, über welches Alles ein förmliches Protokoll entsteht, und

---

Sintenis, Civ.Recht 2. Aufl. Bd. 3 § 169 S. 361 und Note 6 S. 362, Windscheid, Pand. 2. Aufl. Bd. 3 § 541 S. 32. 33 Note 4, Seuffert, Archiv Bd. 15 Nr. 137, Kübel-Hohl, Erbrecht 5. Auflage S. 58.

3) l. 30 D. 18, 1 und Glück, Komm. Bd. 34 S. 420. 421–424, Sintenis a. a. O. Note 6 S. 362.

4) Sintenis a. a. O., Glück a. a. O. S. 424.

schließlich den gesammten Inhalt des Ganzen und Einzelnen am Schlusse dieses Protokolls unterzeichnen und besiegeln.

Daß ein so gearteter Solennisirungsakt, der von den Zeugen ausführlicher vorgenommen wird, als vorgeschrieben ist, nicht beanstandet werden kann, bedarf keiner Bemerkung, und wenn ein solches mit den Unterschriften und Siegeln der Zeugen versehenes Solennisirungsprotokoll unmittelbar an das Ende des Testamentstextes angefügt und noch auf die Testamentsurkunde des Testirers selbst geschrieben ist, so kann nicht bezweifelt werden, daß das Testament selbst von den Zeugen unterzeichnet und besiegelt ist.

Aber auch wenn im vorliegenden Falle das mit den Unterschriften und Siegeln der Zeugen versehene Solennisationsprotokoll wegen Mangels an Raum auf dem nahezu ganz vollgeschriebenen Bogen der Testamentsurkunde auf einen abgesonderten zweiten Bogen geschrieben und dieser zweite Bogen mit dem Bogen der Testamentsurkunde, ohne daß beide zuvor zusammengeheftet worden wären, in dem Testamentsumschlage verschlossen und versiegelt wurde, fehlt es nach den hier vorwaltenden Umständen nicht an dem gesetzlichen Erforderniß, daß diese beiden Urkunden, welche im Uebrigen als authentisch anerkannt sind, als einheitlich verbunden zu betrachten sind und die Testamentsurkunde als von den Zeugen im Innern unterschrieben und gesiegelt anzusehen ist.

Darüber, wie verschiedene Stücke eines Testaments (tabulae) bei den Römern mit einander verbunden sein mußten, gab es nur hinsichtlich der mit Wachs überzogenen Holztafeln eine Vorschrift, welche längst keine Bedeutung mehr hat[5]), während für die Verbindung andern später vorkommenden Testamentsmaterials wie Papyrus-, Pergament- und Lederrollen keine Vorschrift des römischen Rechts bekannt ist[6]). Auch bei uns ist darüber, daß und wie mehrere ein Testament bildende Papierbogen mit einander zu vereinigen seien, keine Vorschrift gegeben. Da also eine bestimmte Art und Weise dieser Verbindung nicht zu den Solenni-

5) Glück, Komm. Bd. 34 S. 431—439.
6) Glück, a. a. O. S. 455. 457. 462.

tätserfordernissen des Testaments gehört, so muß jede solche Verbindungsweise, welche hinreichende Sicherheit gegen Unterschiebung und für die Zusammengehörigkeit der betreffenden Theile gewährt, genügen und kann es sich nur um den hierauf gerichteten Beweis handeln. Es kann daher auch der bei der Entscheidung des Obertribunals vom 16. Oktober 1874 zur Erwähnung gebrachten Ansicht Bolley's in seinen 33 Aufsätzen S. 14,

> „daß die Zeugen das Testament selbst, nicht das über „den Akt der Oblation verfaßte besondere Instrument „unterschreiben müssen,"

über welche Ansicht die damalige Entscheidung sich nicht zu erstrecken hatte, nicht beigepflichtet werden, indem bei dem Mangel einer Vorschrift über die Verbindungsweise der mehreren Stücke eines Testaments der Modus des Unterschreibens der Zeugen nicht in dieser pedantischen Weise verstanden werden kann und, falls der Beweis der Zusammengehörigkeit dieser beiden Urkunden herstellbar ist, dieser Beweis für die Annahme ausreichen muß, daß es ebenso anzusehen ist, als ob beide eine einzige Urkunde wären und als ob die Unterschrift und Siegelung der Zeugen auf der Testamentsurkunde selbst erfolgt sei.

Dieser Beweis ist hier als geführt zu erachten. Der Testirer hat zufolge des Solennisationsprotokolls den Zeugen die Testamentsurkunde nicht etwa blos augenblicklich wegen der Unterzeichnung vorgelegt, sondern ganz übergeben und überlassen, wonach sie denn auch laut der Akten bis zum Tode des Testirers in der Hand des Notars verblieb, und von den Zeugen wurde sofort der Testamentsakt selbstständig in die Hand genommen, die Testamentsurkunde in diesen Akt eingereiht und in der protokollarischen Darstellung über denselben diese Urkunde zu einer Beilage ihres Protokolls erklärt, worauf sie den ganzen geschilderten Hergang über ihre eigenen Handlungen und über die Handlungen des Testirers am Schlusse des Protokolls unterzeichneten und besiegelten. Hiedurch ward die Testamentsurkunde zu einem integrirenden Theile des Protokolls und des in diesem geschilderten Testiraktes gemacht und wenn die Zeugen, wie bemerkt, das Protokoll unterzeichneten und siegelten, so ist dieß nach ihrer nothwendig anzunehmenden Absicht von selbst auch bezüglich der

Testamentsurkunde, die ja das Objekt der Solennisirung bildete, geschehen, so daß die untrennbare Zusammengehörigkeit und innerliche Verbindung dieser beiden Urkunden unzweifelhaft gegeben ist. — Die Zeugen haben zugleich am Schlusse des Protokolls weiter erklärt, daß sie diese beiden Urkunden in einen Umschlag bringen und auch diesen Umschlag mit ihren Siegeln versehen wollen und haben dieses sofort in der That gethan, wie die Versiegelung des Umschlags mit denselben 7 Siegeln, die sie im Solennisationsprotokoll angebracht hatten, und der weitere Umstand ergibt, daß überdieß mitten in der Reihe dieser 7 Siegel auch noch das in der Testamentsurkunde gebrauchte Siegel des Testirers von diesem auf dem Verschluß des Umschlags beigedrückt ist, und was nicht anders als damals am Schlusse des Aktes und mit dem Anerkenntniß des Testirers in der geschehenen Weise bewerkstelligt werden konnte. Die Zusammengehörigkeit der beiden als ächt anerkannten Urkunden ist daher, obgleich sie nicht auf dem gewöhnlichen Wege mit einem Faden zusammengeheftet sind, unter den vorliegenden Umständen auch äußerlich dargethan und sonach ein Verdacht etwaiger Fälschung oder Unterschiebung nach jeder Richtung ausgeschlossen.

Erkenntniß des Oberlandesgerichts (1. Civil-Senats) am 25. Mai 1883 in Sachen Koch gegen Ost.

15. Fideicommissum superfuturi. Die Anfechtung von in fraudem fideicommissi geschehenen Veräußerungen des Fiduziars ist ausgeschlossen, wenn dem Fideikommissar die in der Nov. 108 bestimmte Quart verbleibt.

Die Wittwe Diem, welche nach dem mit ihrem verstorbenen Ehemann gemeinschaftlich errichteten Testamente dessen Alleinerbin geworden war, jedoch mit der Anordnung, daß bei ihrem Tode die Hälfte des alsdann noch vorhandenen Vermögens den Seitenverwandten des Ehemanns zufallen solle, hatte noch kurz vor ihrem Tode Einem ihrer Verwandten einen Theil ihrer Güter um einen so niedrigen Preis zugewendet, daß diese Veräußerung in der Hauptsache als eine Schenkung erscheinen und darin die Absicht der Benachtheiligung der fideikommißberechtigten Verwandten des verstorbenen Ehemanns erblickt werden mußte. Doch sind die Fidei-

kommißberechtigten durch dieſe Veräußerung nicht um volle drei Viertheile desjenigen Vermögens, welches ſie ohne dieſe Veräußerung erlangt haben würden, verkürzt worden. Dieſelben fochten die Veräußerung als eine zu Vernachtheiligung ihrer Fideikommiß-Rechte unternommene an, wurden jedoch aus folgenden Gründen zurückgewieſen.

Die Einwendung der Kläger, daß die Veräußerung eines Theiles des gemeinſchaftlichen Vermögens durch die Wittwe Diem fraudulos zum Zweck der Schmälerung der Erbſchaft der Fideikommiſſare erfolgt ſei, iſt, wie das oberſte Landesgericht ſchon früher ausgeſprochen hat [1]), ſofern ſich die Veräußerung innerhalb der dem Fiduziar zur Verfügung freigelaſſenen Quote von drei Viertheilen der Erbſchaft bewegt, ausgeſchloſſen. Die Rückſichtnahme des ältern römiſchen Rechtes (vergl. insbeſ. l. 54, l. 58, § 5 D. ad SC. Trebell. 36, 1) darauf, ob eine Veräußerung von dem Fiduziar in böslicher Abſicht, um das Fideikommiß zu ſchmälern, vorgenommen wurde, iſt durch die Vorſchriften der Nov. 108 für beſeitigt zu erachten, in welcher für das fideicommissum superfuturi die Reſtitutionspflicht des beſchwerten Fiduziars auf den vierten Theil der angetretenen Erbſchaft feſtgeſetzt worden iſt.

Nach dem Eingang der Novelle ſtand ein Fall in Frage, in welchem es ſich von der Auflage an einen Erben, von der Verlaſſenſchaft das zur Zeit ſeines Todes Vorhandene (reliquas omnes res et jura quaecumque apud eum tempore mortis invenirentur) dem Miterben (bezw. ſeinen Söhnen) zu reſtituiren, handelte. Während der Letztere dem Erſteren die Benützung erbſchaftlicher Gegenſtände aus Beſorgniß der Abnützung derſelben unterſagt wiſſen wollte, beanſpruchte dagegen dieſer die Befugniß, jeden beliebigen Gebrauch von denſelben zu machen. Der Kaiſer Juſtinian, welchem weder die Anſicht Papinians, wonach Veräußerungen des Fiduziars unterſagt ſein ſollen, wenn ſolche zur Aufhebung oder doch Schmälerung des Fideikommiſſes dienen, noch auch die Bezugnahme auf das freie billige Ermeſſen des Richters genügend und angemeſſen erſchien, hat hierauf (cap. I) die Beſtimmung getroffen,

1) Boſcher, Zeitſchr. Bd. 21 S. 3 ff.

daß drei Viertheile der mit Fideikommiß belegten Erbschaft dem Erben zur Verfügung überlassen sein sollen, ein Viertheil aber dem Fideikommissar zukommen müsse. Daher sei dem Beschwerten nicht erlaubt, Schenkungen, und zwar vielleicht in der Absicht, das Fideikommiß zu schmälern, zu machen, so daß sogar jene Quart der Erbschaft angegriffen würde. Vielmehr habe derselbe die letztere als Fideikommiß unangetastet zu lassen, wogegen die ganze übrige Verlassenschaft seiner Disposition unterstehe (aliis omnibus in ejus positis potestate) und er die freie Befugniß habe, von derselben den ihm beliebigen Gebrauch wie ein vollkommener Eigenthümer zu machen (et licentiam eum habere, his sicut voluerit uti, quemadmodum perfectis dominis competit).

Aus diesem Entwicklungsgange der Novelle und den in derselben dem Fiduziar eingeräumten Befugnissen geht hervor, daß es, insoweit dieser die ihm gesteckte Grenze nicht überschreitet, darauf nicht ankommen kann, in welcher Absicht er von seinem Rechte Gebrauch gemacht und zu welchem Zwecke er die einzelne Verfügung vorgenommen hat.

Die Aeußerung bei Hohl, Erbrecht, S. 171 d, der Fiduziar dürfe auch die erwähnten drei Viertheile der Erbschaft nicht aus böslicher Absicht angreifen, erscheint hienach nicht als zutreffend, wogegen andere Schriftsteller bei Darstellung des geltenden Rechtes der Nov. 108 einer derartigen Beschränkung des Fiduziars theils nicht erwähnen, theils dieselbe ausdrücklich ausschließen [2]).

Erkenntniß des Oberlandesgerichts (I. Civil-Senats) vom 20. Februar 1883 in Sachen Diem gegen Pfeil.

16. Die Erfordernisse des Eigenthumsübergangs durch Tradition bei Lieferung einer dem Genus nach bestellten und von einem andern Orte übersandten Waare.

Zu vergl. dieses Archiv Bd. 11 S. 119—122 und Seuffert's Archiv Bd. 13 Nr. 82.

Anläßlich der Geltendmachung von Aussonderungsansprüchen im Konkurse des Bestellers hatte das Oberlandesgericht neuerdings wiederum über die fraglichen Erfordernisse in zwei Fällen zu ent-

2) Sintenis, Civ.R. III. S. 744; Windscheid, Pand. § 665; Puchta, Pand. § 556 und Vorles. zu dies. Paragraphen; Bolley, Beitrag zur Lehre des korrespekt. Test. S. 21 unten.

ſcheiden. In beiden iſt die beanſpruchte Ausſonderung anerkannt worden.

„Die Beſtimmung des § 36 der Konk.O. ſteht dem Ausſonderungsanſpruche des Klägers nicht entgegen. Da die Waare ſchon vor der Eröffnung des Konkursverfahrens an dem Ort der Ablieferung angekommen und in den Gewahrſam des Gemeinſchuldners gelangt war, ſo ſteht dem Kläger das auf der beſondern Beſtimmung des § 36 der K.O. beruhende Zurückforderungsrecht nicht zu. Daraus folgt aber nicht, daß dem Kläger ein Ausſonderungsanſpruch überhaupt nicht zuſteht. Der § 36 bezieht ſich nur auf den Fall, wenn die von einem andern Ort abgeſendeten Waaren zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch auf dem Transport befindlich oder, wenn ſchon angekommen, noch nicht thatſächlich an den Gemeinſchuldner abgeliefert waren; für dieſen Fall wird dem Verkäufer kraft beſonderer konkursrechtlicher Beſtimmung ein von den ſonſt geltenden Civilgeſetzen unabhängiges Zurückforderungsrecht gewährt. Für den entgegengeſetzten Fall aber, wenn die Waaren ſchon vor der Eröffnung des Verfahrens am Ort der Ablieferung angekommen und in den Gewahrſam des Gemeinſchuldners gelangt ſind, iſt im § 36 keine Beſtimmung getroffen. Für dieſen entgegengeſetzten Fall bleibt es daher bei der Regel des § 35, wonach die Anſprüche auf Ausſonderung eines dem Gemeinſchuldner nicht gehörigen Gegenſtands aus der Konkursmaſſe auf Grund eines dinglichen oder perſönlichen Rechts nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Geſetzen ſich beſtimmen. — Entſcheidend iſt ſomit die unter den Parteien beſtrittene Frage, ob das Eigenthum an der Waare noch vor der Eröffnung des Konkursverfahrens durch Tradition von dem Kläger auf den Gemeinſchuldner übergegangen war oder nicht. Da der Kläger unbeſtrittenermaßen bis zur Ablieferung der Waare an den Gemeinſchuldner Eigenthümer der Waare geweſen war, und der Beklagte das Eigenthum des Gemeinſchuldners von dem Kläger ableitet, ſo iſt die Behauptung des Beklagten, daß das Eigenthum noch vor der Eröffnung des Konkursverfahrens durch Tradition auf den Gemeinſchuldner, als den Käufer, übertragen worden ſei, nicht als verneinende Einlaſſung, ſondern als wirkliche Einrede (Einrede der Erlöſchung) aufzufaſſen, und es hat daher nicht der

Kläger die Fortdauer seines Eigenthums, sondern der Beklagte den Uebergang des Eigenthums vom Kläger auf den Gemeinschuldner darzuthun. Nun ist davon auszugehen, daß bei dem Kauf, dessen Gegenstand eine von einem andern Ort zu übersendende und nur dem Genus nach bestellte Waare ist, die Ablieferung an den Käufer und die Abnahme von Seiten des Letztern an sich zur Vollendung der Tradition und somit zur Uebertragung des Eigenthums auf den Käufer nicht genügt. Zur Uebertragung des Eigenthums durch Tradition ist erforderlich, daß der Tradent und der Empfänger in dem Willen, das Eigenthum der übergebenen bestimmten Sache zu übertragen und zu erwerben, übereinstimmen. Bei einem Kauf der vorliegenden Art aber kann der Ausdruck des Willens auf Seiten des Käufers, das Eigenthum der ihm übergebenen, erst durch die Ausscheidung des Verkäufers individualisirten Waare zu erwerben, nicht schon in der bloßen Abnahme der ihm zugesendeten Waare (so wenig als in der vorausgegangenen Bestellung) gefunden werden, da der Käufer berechtigt ist, die von Seiten des Verkäufers vollzogene Lieferung im Fall der vertragswidrigen Beschaffenheit der gelieferten Waare als nicht gehörige Vertragserfüllung zurückzuweisen, und er erst nach der Ablieferung und Abnahme der Waare und nach der ihm hiedurch möglich gewordenen Untersuchung der Waare sich darüber zu entschließen hat, ob er die Waare als zur Vertragserfüllung geeignet annehmen oder als zur Vertragserfüllung nicht geeignet zurückweisen will. Zum vollendeten Abschluß der Tradition, mit der Wirkung der Eigenthumsübertragung, ist daher neben der Abnahme der Waare erforderlich, daß der Käufer seinen Willen, die ihm übergebene Waare als sein Eigenthum anzunehmen, auf irgend eine Weise, sei es ausdrücklich oder thatsächlich, zu erkennen gegeben hat [1]).

Im vorliegenden Fall läßt sich aus dem Umstand, daß der Gemeinschuldner die Zeit vom 15. bis 19. November verstreichen ließ, ohne die Waare zurückzuweisen, nicht folgern, daß er den Willen hatte, die Waare anzunehmen. Denn eine Zurückweisung

1) Zimmermann in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 19 S. 397—426; Goldschmidt, Handelsr. Bd. I, 2 S. 634.

der Waare wäre am 19. November (dem vierten Tag nach der Ablieferung), falls der Konkurs an diesem Tag nicht eröffnet worden wäre, noch nicht verspätet gewesen. Durch den auf der Faktura stehenden Vermerk aber, daß gleich nach Empfang der Waare Mittheilung zu machen sei, konnte dem gesetzlichen Rechte des Käufers bezüglich der Reklamationsfrist nicht präjudizirt werden. Stand sonach am Tag der Eröffnung des Konkursverfahrens die Reklamationsfrist noch offen, so berechtigt auch die von dem Beklagten behauptete Thatsache, daß der Gemeinschuldner die Waare bereits untersucht habe, nicht zu dem Schlusse, daß er entschlossen gewesen sei, die Waare anzunehmen. Weitere Thatsachen, durch welche der Wille des Gemeinschuldners, die Waare anzunehmen, erkennbar geworden wäre, hat der Beklagte nicht geltend gemacht. Ist aber hienach dieser Wille des Gemeinschuldners vor der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht zum Ausdruck gekommen, so war auch der zur Eigenthumsübertragung erforderliche Traditionsakt vor der Eröffnung des Konkursverfahrens noch nicht zum vollendeten Abschluß gekommen, derselbe war vielmehr, da die Frage von der Annahme der Waare noch schwebte, vor seiner Vollendung durch die Eröffnung des Konkursverfahrens unterbrochen worden. Es ist daher nicht nachgewiesen, daß das Eigenthum noch vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vom Kläger auf den Gemeinschuldner übergegangen sei."

Entscheidung des Oberlandesgerichts (II. Civil-Senats) vom 3. November 1881 in Sachen Lenz gegen Seyfried.

In dem zweiten Falle wurde von dem Aussonderungskläger besonderes Gewicht darauf gelegt, daß der Käufer den bestellten Waizen mit seinem eigenen Fuhrwerk auf der nächsten Bahnstation abgeholt und in seine Mühle geschafft, auch die Eisenbahnfracht bezahlt hatte, worüber in den Gründen der Entscheidung Folgendes bemerkt ist: Dadurch, daß der Besteller die von dem Verkäufer an die Bahnstation gesendete Waare von dort abholte und auf seinem Fuhrwerke in seine Mühle schaffte, hat er auf die Prüfung der Waare und Entscheidung über die Empfangbarkeit nicht verzichtet. Die Waare konnte auf der Bahnstation

der erforderlichen nur durch Ausleerung der Säcke ermöglichten Untersuchung nicht füglich unterworfen werden. Er mußte sie also, um die Vertragserfüllung zu fördern, in seine Mühle schaffen, ohne daß er sich hiedurch des Rechtes, die Empfangbarkeit zu prüfen, begeben hätte. Auch in der Bezahlung der auf der Waare haftenden Fracht von 713 Mark an die Bahnverwaltung, welche er, da franko nächste Station gehandelt war, an sich nicht zu tragen hatte, und welche er als Vorschuß auf den Kaufschilling erlegte, liegt kein Verzicht auf die Prüfung der Empfangbarkeit; vielmehr hat er, da die Ausfolge der Waare durch die Erlegung der Fracht bedingt war, hiemit nur den Weg betreten, um die Prüfung der Waare und die dadurch bedingte Empfangnahme und Vertragserfüllung zu ermöglichen.

Die Abnahme der Waare und die Empfangnahme derselben fällt mithin, wie dieses bei Distanzgeschäften überhaupt die Regel bildet, zeitlich auseinander. Der Eigenthumserwerb knüpft sich aber nicht an die erstere, sondern an die letztere.

Auf Seite des Bestellers liegt in der Bestellung selbst der Wille, das Eigenthum an einer bestimmten Sache zu erwerben, noch nicht in wirksamer Weise ausgedrückt. Denn einerseits ist es nicht die Absicht desselben, sich dem Belieben des Verkäufers in der Ausscheidung der zu liefernden Quantität zu unterwerfen, mithin den Eigenthumswillen schlechthin in Beziehung auf die von dem Mitkontrahenten zu versendende Waare zu erklären, anderseits wäre die Erklärung des Besitzes- und Eigenthumswillens in Absicht auf eine den vertragsmäßigen Eigenschaften entsprechende Quantität, so lange eine solche nur in der Vorstellung besteht und nicht als eine konkrete Sache vorliegt, rechtlich nicht wirksam.

Aber auch bei der Abnahme von der Bahnstation ist ein Wille des Eigenthumserwerbes bei dem Käufer nicht als vorhanden anzunehmen, weil dieser Wille auf die Erwerbung einer dem Vertrage entsprechenden Waare gerichtet ist und daher, ehe die Beschaffenheit der angelangten Sendung erhoben ist, nicht zur Entstehung gelangen kann. In der Abnahme von der Eisenbahn kann vielmehr nur eine Uebernahme der Waare in den Gewahrsam erblickt werden behufs der Entscheidung, ob dieselbe

als Vertragserfüllung anzusehen und das Eigenthum daran zu übernehmen sei.

Entscheidung des Oberlandesgerichts (I. Civil-Senats) vom 28. März 1882 in Sachen Schills Ehefrau gegen Rosenstein.

17. Zur Frage der Schutzbrillen.

Bekanntlich ist sowohl von dem württembergischen Landesoberhandelsgerichte, als von dem Reichsoberhandelsgerichte nach Beschaffenheit vorgelegener Fälle eine Verpflichtung der Arbeitgeber auf Grund des § 120 der Reichsgewerbeordnung zu Anschaffung von Schutzbrillen für ihre Arbeiter angenommen, und in der Unterlassung ein Grund gefunden worden, den Gewerbeunternehmer für eine damit in Verbindung stehende Verletzung des Arbeiters haftbar zu erklären [1]). In dem nachstehenden, anders gearteten Falle wurde eine solche Verpflichtung des Arbeitgebers verneint.

Der § 120 der Reichsgewerbeordnung verpflichtet zwar den Gewerbeunternehmer ganz allgemein, alle die Einrichtungen herzustellen und zu unterhalten, welche mit Rücksicht auf die besondere Art des Gewerbebetriebs und der Betriebsstätte zu thunlichster Sicherheit gegen Gefahr für Leben und Gesundheit der Arbeiter nothwendig sind; allein der Gewerbeunternehmer ist doch nicht verpflichtet, alle überhaupt möglichen Sicherheitsmaßregeln vorzukehren, vielmehr hat er nur diejenigen Einrichtungen zu treffen, welche nach der besonderen Beschaffenheit seines Gewerbes und der Betriebsstätte zur Sicherung der Arbeiter nothwendig sind. Um daher das vom Kläger nachzuweisende Verschulden des Gewerbeunternehmers auf das Unterlassen einer bestimmten Sicherheitsmaßregel gehörig zu begründen, genügt es noch nicht, die Thatsache anzuführen, daß er eine bestimmte Schutzbekleidung, wie eine Schutzbrille, dem Arbeiter nicht angeboten hat, sondern es muß auch der einzelne Fall, der die Schädigung des Arbeiters mit sich

---

1) Urtheil des LOHG. vom 9. Febr. 1878 in Sachen Wolf gegen Zuckerfabrik Heilbronn, des ROHG. vom 6. Juni 1878 in derselben Sache; zu vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 1 N. 99.

brachte, von solcher gefährlicher Beschaffenheit gewesen sein, daß der Gewerbeunternehmer als vorsichtiger Mann Angesichts der Bestimmung der Reichsgewerbeordnung zu Anschaffung und Anbieten von Schutzbrillen sich verpflichtet erachten mußte. Hievon aber ausgegangen, erscheint die dem Kläger aufgetragene Arbeit, was den Gegenstand derselben betrifft, die Bearbeitung eines eisernen Stäbchens, welche bezweckte, durch Klopfen mit einem Hammer dessen Kopf breit zu schlagen, als eine durchaus ungefährliche, wie denn auch von dem bearbeiteten Stoffe dem Kläger keine Verletzung zuging, sondern von dem Hammer selbst, von dem sich ein Eisentheil beim Klopfen trennte. Bei diesem Hämmern handelt es sich nun aber um eine gewöhnliche Schlosserarbeit und kann sich daher im Hinblick darauf, daß der Stoff selbst bei seiner Bearbeitung ein ungefährlicher war und daß auch auf die Auswahl des Hammers ein Verschulden der Beklagten oder ihrer Vertreter nicht begründet wird, nur fragen, ob bei Anwendung von metallenen Hämmern in jeder Schlosserei die Anwendung von Schutzbrillen allgemein geboten sei. Zur Beantwortung dieser Frage ist aber auch der Richter kompetent, ohne daß es der Einziehung eines Gutachtens eines Sachverständigen bedarf, da es sich um keine rein technische Frage handelt, sondern um eine Frage der allgemeinen Lebenserfahrung und um notorische Verhältnisse. Diese Frage ist aber zu verneinen und entspricht die Anwendung von Schutzbrillen in solchem Falle auch nicht dem handwerksmäßigen Gebrauche. Wenn die Beklagte es hienach unterlassen hat, dem Kläger bei seiner Arbeit eine Schutzbrille anzubieten, so kann hierin eine Verschuldung derselben umsoweniger gefunden werden, als Kläger selbst nicht behauptet, daß die nach seiner Angabe nicht so selten vorkommende Erscheinung des Abspringens von Eisentheilen beim Hämmern irgendwo zu Anwendung besonderer Schutzmaßregeln Veranlassung gegeben hätte.

Erkenntniß des Oberlandesgerichts (I. Civil-Senats) vom 23. Februar 1883 in Sachen Maurer gegen Leins und Comp.

18. Eintritt in ein Handelsgeschäft. Bedingungen der Haftbarkeit des Eintretenden bezw. der durch den Eintritt errichteten Handelsgesellschaft für die seitherigen Geschäftsschulden.

Aus der unter der Firma: Wahl und Koch bestandenen offenen Handelsgesellschaft trat der eine Gesellschafter Johannes Wahl im Jahre 1879 aus und das Geschäft ging mit allen Passiven auf den zweiten Theilhaber David Koch über, der dasselbe unter der früheren Firma „Wahl und Koch" als Einzelkaufmann fortführte. Nunmehr hätten in einem Konkurse über das Vermögen des David Koch, als eines Einzelkaufmannes, dessen sämmtliche Gläubiger, sowohl die Privatgläubiger, als die Geschäftsgläubiger, und zwar die neuen, wie die von der früheren Gesellschaft her noch vorhandenen Geschäftsgläubiger gleichmäßigen Anspruch auf Befriedigung aus dem gesammten, zur Konkursmasse des David Koch gehörigen Vermögen gehabt. Ein Absonderungsrecht, wie dasselbe in Art. 122 des H.G.B. für den Fall des Konkurses der offenen Handelsgesellschaft den Gesellschaftsgläubigern am Gesellschaftsvermögen eingeräumt ist, steht nicht auch im Falle des Konkurses eines Einzelkaufmanns dessen Geschäftsgläubigern an dem Geschäftsfond zu.

Im Jahre 1881 trat sodann Kuno Peter in das seit 1879 von David Koch als Einzelkaufmann geführte Handelsgeschäft als offener Handelsgesellschafter ein, wobei die seitherige Firma Wahl und Koch auch ferner beibehalten wurde. In solchem Falle ist bezüglich der Haftung des Eintretenden für die seitherigen Geschäftsschulden von folgenden Grundsätzen auszugehen:

Geht der Einzelkaufmann eine Handelsgesellschaft ein, so gelten seine sämmtlichen bisherigen Gläubiger, sie mögen Geschäfts- oder Privatgläubiger sein, es mag sich um Forderungen aus Handelsgeschäften oder um andere Forderungen handeln, den Gläubigern der neuen Gesellschaft gegenüber nur als Privatgläubiger. Die Eingehung einer Handelsgesellschaft kann also, wenn der bisherige Einzelkaufmann sein Aktivvermögen in die Gesellschaft inferirt, weil das Gesellschafsvermögen zunächst den Gesellschaftsgläubigern haftet, den faktischen Verlust der Forde-

rungen der Gläubiger des bisherigen Einzelkaufmanns bewirken, wenn dieselben auch Geschäftsgläubiger desselben gewesen sind. Der Art. 113 des H.G.B. findet keine Anwendung; denn er spricht von dem Eintritt in eine bestehende Handelsgesellschaft, nicht von dem Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns, wodurch erst eine Gesellschaft begründet wird; und eine analoge Anwendung des Art. 113 ist nicht zulässig [1]).

Auch aus der Fortführung der Firma kann nicht auf den Uebergang der Passiven geschlossen werden. Die Bestimmungen des H.G.B. über die Firmen rechtfertigen eine solche Annahme nicht. Der Art. 23 bestimmt insbesondere nur: „Die Veräußerung einer Firma, als solcher, abgesehen von dem Handelsgeschäfte, für welches sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig." Die Firma ist aber nicht untrennbar vom Geschäft; und das Geschäft selbst ist nicht ein geschlossenes Ganzes, zu welchem als integrirende Theile auch die Geschäftsschulden gehören würden [2]). Wer sodann ein bestehendes Handelsgeschäft mit den Passiven übernimmt, wird durch diese Uebernahme allein den Gläubigern der Firma noch nicht verpflichtet; denn der Vertrag zwischen dem Uebergeber und dem Uebernehmer verleiht dritten Personen, den Gläubigern, an sich keine Rechte [3]). Ebenso gibt, wenn der Eintritt in das Geschäft eines bisherigen Einzelkaufmanns auch unter Uebernahme der Passiven erfolgt, dieß den Gläubigern desselben aus der Zeit vor dem Eintritt des nunmehrigen Gesellschafters an sich keine Rechte [4]). Die konstante Rechtsprechung des R.O.H.G. hat die Frage verneint, ob der Rechtsnachfolger einer Firma durch Uebernahme des Geschäfts mit allen Passiven für die Geschäftsschulden des früheren Inhabers verhaftet werde [5]).

Eine Obligirung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts oder des in das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns eintretenden Gesellschafters gegenüber den Gläubigern, und zwar letzternfalls in der Weise, daß der Gesellschaftsfond der offenen Handels-

1) R.O.H.G. Bd. 2 S. 175.
2) R.O.H.G. Bd. 2 S. 49—51.
3) R.O.H.G. Bd. 11 S. 153; Bd. 16 S. 272.
4) R.O.H.G. Bd. 1 S. 67; Bd. 3 S. 182; Bd. 2 S. 143. 173.
5) cfr. R.G. Bd. 2 S. 54 ff.

gesellschaft sämmtlichen oder einzelnen Gläubigern des bisherigen Einzelkaufmanns, insbesondere Geschäftsgläubigern desselben verhaftet wird, dieselben sich an das Vermögen der Gesellschaft halten können, mit den übrigen Gesellschaftsgläubigern im Falle des Konkurses aus diesem Vermögen abgesondert befriedigt werden, kann dagegen allerdings nach den Grundsätzen von der Wirksamkeit der Verträge zu Gunsten Dritter erfolgen [6]).

Daß nun aber, als Kuno Peter in das Geschäft des David Koch als offener Handelsgesellschafter eintrat, die hinsichtlich der Uebernahme der Passiven, bezw. gewisser Passiven auf die Gesellschaft getroffene Beredung von der Absicht begleitet gewesen sei, Seitens des Koch, seinen Gläubigern Rechte zu erwerben, Seitens des Peter, denselben Rechte gegen die Gesellschaft einzuräumen, kann insbesondere, was die Absicht des Kuno Peter betrifft, um so weniger angenommen werden, weil konkludente Umstände dafür, daß die Uebernahme der Passiven im Interesse der Kreditoren des Koch, und nicht bloß im Interesse des Koch selbst verabredet wurde, nicht vorliegen.

Abgesehen von dem ebenerwähnten Falle, wenn ein Vertrag zu Gunsten der bisherigen Geschäftsgläubiger vorliegt, dem diese Gläubiger beitreten, kann eine Verpflichtung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts oder die Mithaftung dessen, der in das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns eintritt, und die Verhaftung des Gesellschaftsvermögens den bisherigen Geschäftsgläubigern gegenüber auch durch eine denselben gegenüber abgegebene Erklärung erfolgen. Es genügt in dieser Beziehung, wie das R.O.H.G. in zahlreichen Entscheidungen ausgeführt hat, eine in Zirkularen allgemein vorgenommene Erklärung des Geschäftsübernehmers oder der nunmehrigen Gesellschaft. Die Bekanntmachung der Geschäftsübernahme für sich genügt zwar nicht, es bedarf einer Publikation der Uebernahme der Passiven [7]). Bei einer solchen Veröffentlichung der Schuldübernahme bedarf es einer Akzeptation Seitens der Gläubiger nicht, wofür ein Gewohnheitsrecht im Handelsverkehr von dem O.A.G. Lübeck (in Seuffert's Archiv Bd. 11 Nr. 83

6) R.O.H.G. Bd. 21 S. 232; R.G. Bd. 2 S. 54.
7) R.O.H.G. Bd. 11 S. 153; Bd. 16 S. 272.

S. 109 und vom R.O.H.G. Bd. 1 S. 69) konstatirt ist, welches zur Anwendung zu kommen hat, da das H.G.B. keine Bestimmungen in dieser Richtung enthält[8]).

Die Haftpflicht beschränkt sich in solchem Falle nicht auf die dem Uebernehmer oder eintretenden Gesellschafter bekannten oder aus den Geschäftsbüchern ersichtlichen, sondern bezieht sich auf alle vorhandenen Geschäftsschulden. Für den Umfang der Verpflichtung ist lediglich maßgebend, ob eine Forderung zu den Geschäftspassiven thatsächlich gehört hat, nicht aber, ob der Uebernehmer oder neu eintretende Gesellschafter sie gekannt hat[9]).

Dieselbe Wirkung, wie der öffentlichen handelsüblichen Bekanntmachung des Uebergangs der Passiven des Geschäftes muß aber, — wie das R.G. 2 S. 55 ausgesprochen hat — vom Standpunkt der Handelssitte und des praktischen Bedürfnisses, sowie nach den Grundsätzen von Treu und Glauben der Fortführung des Geschäftes dann beigelegt werden, wenn der Erwerber eines bestehenden Handelsgeschäfts durch Vertrag mit dem bisherigen Inhaber oder dessen Erben unter Uebernahme der vorhandenen Aktiven und Passiven in alle geschäftlichen Beziehungen desselben eintritt und die frühere Firma von ihm beibehalten wird. In einem solchen Vorgang liegt für den kaufmännischen Verkehr ein wirksames Angebot des Erwerbers an die Geschäftsgläubiger, denselben für ihre Forderungen an den früheren Inhaber des Geschäfts gerecht zu werden, eine Offerte, welche der besonderen Zustimmung, der ausdrücklichen Annahme dieser Gläubiger um so weniger bedarf, als sie nur Rechte für dieselben begründet.

Diese Grundsätze sind auch auf den Fall, welcher hier vorliegt, anzuwenden, wenn nämlich in das Geschäft eines Einzelkaufmanns unter Uebernahme der Passiven auf die Gesellschaft ein Gesellschafter eintritt, und die neubegründete Gesellschaft alle geschäftlichen Beziehungen des bisherigen Einzelkaufmanns unter Beibehaltung der bisherigen Firma fortsetzt.

Letzterer Verpflichtungsgrund traf im vorgelegenen Falle zu

8) H.G.B. Art. 1 und R.O.H.G. Bd. 11 S. 417.
9) R.O.H.G. Bd. 8 S. 385 und S. 42.

und wurde deßhalb der Feststellungsklage der älteren Geschäftsgläubiger gegen die zwischen David Koch und Kuno Peter unter der Firma: Wahl und Koch errichtete, nachher in Konkurs gerathene offene Handelsgesellschaft entsprochen; wobei der Einwand, es sei dem Kuno Peter bei seinem Eintritte ein Inventar über die Passiven des Geschäftes vorgelegt worden, welches die eingeklagten Posten nicht enthalten habe, als unerheblich erklärt wurde, weil die Uebernahme der Passiven, unter welcher der Eintritt erfolgt, nicht auf die aus dem Inventar ersichtlichen Schuldposten oder den Betrag derselben eingeschränkt gewesen sei.

Erkenntniß des Oberlandesgerichts (I. Civil-Senats) vom 1. Dezember 1882 in Sachen Wahl und Koch gegen Braun und Genossen [10]).

19. Inwiefern können einzelne Rechnungsposten eines Kontokorrents der Tilgung durch Saldirung der Rechnung entzogen und zu selbständiger Geltendmachung vorbehalten werden?

Allerdings bewirkt das Kontokorrentverhältniß, daß dem Willen der Kontrahenten gemäß die Leistungen derselben zum Zwecke gegenseitiger Belastung innerhalb von Rechnungsperioden ein Ganzes bilden und hiebei die einzelnen Posten, die nicht als selbständige Ansprüche bezw. Gegenansprüche, sondern lediglich als Rechnungsposten in Betracht kommen, in dem aus der Vergleichung des Kredit und Debet sich ergebenden Saldo aufgehen sollen. Die rechtlichen Wirkungen des Kontokorrents knüpfen sich an die Anerkennung des Saldos an, welche zur Folge hat, daß die auf dem Fundamente derselben beruhende Saldoforderung an die Stelle der als ausgeglichen anzusehenden Posten der Rechnung tritt [1]). Es können also, soferne keine besonderen Abreden entgegenstehen, einzelne Forderungen, auf welche sich der Kontokorrentvertrag bezieht, nicht als selbständige geltend gemacht werden. In dieser konsumirenden Kraft

10) Zu vergl. die seither erschienene Entsch. des R.G. Bd. 8 Nr. 16.

1) R.G. Bd. 3 S. 18. 19; R.O.H.G. Bd. 4 S. 443, Bd. 9 S. 217; Bd. 11 S. 276.

manifestirt sich die rechtliche Bedeutung des Kontokorrentverhältnisses[2]). Dieses Prinzip, wornach nur der Saldo einer Kontokorrentrechnung eingeklagt werden kann, findet jedoch keine unbedingte Anerkennung, vielmehr muß auch diesem Prinzip gegenüber in Bezug einzelner Forderungen aus dem Kontokorrentverkehr dem Parteiwillen Rechnung getragen werden[3]). So pflegt der Wechselempfänger die Valuta dem Wechselgeber ohne Weiteres als Baarzahlung in das Kredit der laufenden Rechnung zu stellen, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Wechselschuld getilgt werden, für ihn also eine Regreßverpflichtung, bezw. Veranlassung zur Ausübung seines Regreßrechts nicht entstehen werde[4]). Der Anspruch auf Erfüllung einer Wechselverbindlichkeit gilt daher nur dann von der separaten Einklagung ausgeschlossen, wenn die Ausschließung unter den im Kontokorrentverhältnisse stehenden Parteien vertragsmäßig vereinbart erscheint[5]). Ebenso muß auch andererseits der vertragsmäßige Vorbehalt der abgesonderten Geltendmachung einer in den Kontokorrent eingestellten Forderung gegen denjenigen, welcher dieserhalb im Kontokorrent *belastet* würde, zulässig sein. Ein solcher Vorbehalt kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, womit die Absicht der Novation ausgeschlossen ist. Zuweilen sprechen schon die Umstände dafür, daß durch die Einstellung in den Kontokorrent eine Forderung nicht aufgehoben, daß vielmehr zu der bestehenden Obligation die durch die Anerkennung dieses Postens bei seiner Einstellung in den Kontokorrent begründete Obligation bezw. die durch die Anerkennung des nächsten Saldos begründete Obligation hinzutreten, nicht diese an die Stelle der alten Obligation treten solle, *insbesondere wenn für das alte Schuldverhältniß Bürgschaft oder Pfand bestellt* ist[6]). Wird in solchem Falle bei Beendigung des Kontokorrentverhältnisses das anerkannte Saldoguthaben dessen, zu dessen

---

2) R.O.H.G. Bd. 2 S. 139.
3) R.O.H.G. Bd. 22 S. 337.
4) R.O.H.G. Bd. 3 S. 145.
5) R.O.H.G. Bd. 5 S. 337. 338.
6) *Grünhut* in der Zeitschrift für das Privatrecht ꝛc. Bd. 3 S. 521. 522.

Gunsten jener Vorbehalt gemacht wurde, getilgt, oder ergibt sich am Schlusse des Kontokorrentverhältnisses ein Saldoguthaben des Korrespondenten, so ist eben damit die Forderung getilgt, deren gesonderte Geltendmachung vorbehalten war; wogegen, wenn in Folge abgesonderter Geltendmachung dieser Forderung bezw. der für dieselbe bestellten Sicherheit der Gläubiger Bezahlung erhält, derselbe im Kontokorrente mit dem Betrage dieser Zahlung zu belasten ist.

Im vorgelegenen Falle war der Schuldposten, mit welchem die klägerische Firma von der Beklagten belastet wurde, durch Unterpfand hinsichtlich des Betrages von 2740 Mark sicher gestellt. Es kann um so weniger angenommen werden, daß die Beklagte eine die Erlöschung dieses Pfandrechtes zur Folge habende Aufhebung ihrer Forderungen beabsichtigt habe, als die klägerische Firma ihren Kredit überschritten hatte, und die Belastung der genannten Firma im Kontokorrente mit dieser Forderung auch zu dem Zwecke erfolgte, um den niedrigeren Zinsfuß der verfallenen Pfandforderungszieler durch den im Kontokorrente üblichen Zinsfuß zu ersetzen. Hiezu kommt, daß die Beklagte von der Belastung in Rechnung mit den in Rede stehenden 2740 Mark der klägerischen Firma mit dem Beifügen, daß sie ihr Pfandrecht beibehalte, Mittheilung gemacht hat. Ob die klägerische Firma den Saldo pro 1. Januar 1877 und die später von der Beklagten gezogenen Saldi anerkannt hat, was die Klägerin behauptet, die Beklagte bestreitet, ist eine Frage, die nach Lage der Sache dahingestellt bleiben kann, übrigens bejaht werden müßte, weil die klägerische Firma durch Fortsetzung des Kontokorrentverhältnisses die ihr zugestellten Rechnungsauszüge und damit die Saldi stillschweigend anerkannt hat [7]). Denn wenn auch durch diese Anerkennung eine neue Schuld begründet wurde, so trat doch der neue Schuldgrund in Folge des von der Beklagten ausgesprochenen und von der klägerischen Firma stillschweigend genehmigten Vorbehaltes nur zu der früheren Obligation, der Zielerforderung hinzu, ohne die letztere zu noviren. Diesem Vorbehalte kann auch nicht blos eine eingeschränkte Be-

7) R.O.H.G. Bd. 2 S. 117.

deutung zukommen, wie der klägerische Vertreter geltend zu machen versucht. Denn jede derartige Beschränkung steht mit der allgemein lautenden Fassung des Vorbehaltes im Widerspruch. Und es kann insbesondere darin, daß die Bank in einem Briefe vom 10. August 1876 bemerkte, durch die Belastung mit den 2740 Mark sei der Konto der klägerischen Firma um 4800 Mark überzogen, und Regulirung dieses Betrages binnen 14 Tagen beanspruchte, nicht die Erklärung des Willens gefunden werden, daß die Beseitigung der Ueberschreitung des Kredites das Erlöschen der zur selbständigen Geltendmachung vorbehaltenen Pfandforderung zur Folge haben solle. Auch wenn beim periodischen Abschlusse des Kontokorrentes ein neuer Saldo gezogen und anerkannt wurde, so trat der hierin liegende neue Schuldgrund nur an der Stelle des früheren Saldos zu der vorbehaltenen Forderung hinzu, ohne dieselbe zu noviren.

Erkenntniß des Oberlandesgerichts (I. Civil-Senats) vom 11. Juli 1882 in Sachen Jeselsohn und Zallveis gegen Volksbank Stuttgart[8]).

8) Seitdem die voranstehende Entscheidung ergangen ist, hat das Reichsgericht unter Abänderung seiner früheren mit der oberlandesgerichtlichen Entscheidung gleichförmigen Ansicht in einem dem Einsender zugänglich gewordenen noch ungedruckten Urtheil vom 21. September 1883 in Sachen Maier'sche Konkursmasse gegen Vorschußverein Markdorf eine gegentheilige Entscheidung getroffen. Es wird sich fragen, ob das Oberlandesgericht der abweichenden Auffassung des Reichsgerichts gegenüber an der in seiner Entscheidung enthaltenen Rechtsansicht in künftigen Fällen festhalten wird. Folgendes ist der Gegenstand und Inhalt der reichsgerichtlichen Entscheidung.

Maier hatte bei dem Vorschußverein einen Kredit in laufender Rechnung bis zum Betrage von 20000 Mark. Nicht für diese Kreditsumme selbst, sondern für den Passivsaldo des Kontokorrents vom Jahr 1878 ließ sich der Vorschußverein ein Unterpfand bestellen, während der Kontokorrentverkehr mit einer Reihe periodischer Abschlüsse unter Uebertragung der Saldi bis zum Jahr 1882 andauerte. Das auf dieses Unterpfandsrecht gegründete von den Maier'schen Konkursgläubigern bestrittene Absonderungsrecht des Gläubigers wurde von dem Landgerichte zu Konstanz und dem Oberlandesgerichte zu Karlsruhe als bestehend anerkannt, von dem Reichsgerichte dagegen aus den folgenden Gründen abgewiesen.

Indem das Berufungsgericht die Verurtheilung bezüglich des Pfandrechts auf die Annahme stützt, daß der Schuldner zum Voraus auf eine

20. Annahme von Wechseln in Zahlung. Inwiefern ist im Verhältniß des Geschäftsführers zum Geschäftsherrn in dieser Annahme eine Verletzung der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns zu finden?

Die Handwerkerbank zu W., E. G., erhob gegen ihren Kassier Regreßklage, weil dieser von dem Kontokorrentschuldner

---

während des laufenden Kredits am Schlusse der einzelnen Rechnungsperioden sich sonst ergebende Wettschlagung verzichtet habe, beruht die Entscheidung auf Verletzung derjenigen Rechtsgrundsätze, welche sich als nothwendige Folge aus dem gewohnheitsrechtlich festgestellten rechtlichen Charakter des Kontokorrentverhältnisses ergeben.

In der Wissenschaft und in der Rechtsprechung wird nämlich das Wesen des Kontokorrentvertrages dahin aufgefaßt, daß in dem bezüglichen Geschäftsverkehre die einzelne Leistung keine eigentliche Entlastung des Leistenden, sondern eine Belastung des anderen Theils bewirke, insonderheit die Absicht beider Theile darauf gerichtet sei, daß die beidertheiligen Leistungen auf jeder Seite innerhalb von Rechnungsperioden ein Ganzes bilden, also die einzelnen Rechnungsposten in der Abschlußsumme des Kredit und Debet und zuletzt in dem durch deren Vergleichung zu ermittelnden Saldo aufgehen sollen. Vergl. u. A. Levy, die Lehre vom Kontokorrent, deutsche Ausgabe von Rießer § 26; Grünhut in seiner Zeitschrift Band 3 Seite 409; Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. III. S. 148, Bd. V. S. 43 Nr. 11, Bd. VI. S. 257 Nr. 60, Bd. IX. S. 216 Nr. 66, Bd. XI. S. 276 Nr. 92 und des Reichsgerichts Bd. I. S. 19 Nr. 8.

Mit diesem rechtlichen Wesen des Kontokorrents ist aber kein anderer Vertragswille der Parteien, welche sich zu einem Kontokorrentverhältnisse geeinigt haben, vereinbar, als derjenige, welcher gleichfalls in der Doktrin und Rechtsprechung anerkannt wird, daß nach Ziehung und Anerkennung des Saldos und Uebertragung desselben auf neue Rechnung alle demselben unterliegenden Posten in ihm aufgehen sollen und an deren Stelle eben dieser Saldo als neue selbständige Forderung trete und daß die gleiche rechtliche Folge auch den Saldo einer vorhergehenden Rechnungsperiode treffen, wenn er in neuer Rechnung gebucht und im neuen Saldo wieder ausgeglichen worden ist. Mit diesem Untergange im neuen Saldo ist aber die Erlöschung einer für den früheren Saldo bestellten Sicherung als nothwendige Folge verknüpft. — Jeder Saldo ist das Ergebniß einer Vergleichung und vertragsmäßigen Kompensation der ganzen Kreditreihe mit der ganzen Debetreihe; darnach und nach den Grundsätzen der Kompensation können aber deren Posten nicht mehr als

B., welchem durch den Aufsichtsrath der Bank gegen Sicherheitsleistung durch Bürgen und Unterpfänder ein Kredit bis zu

einzeln fortbestehende gedacht werden; an ihre Stelle ist vielmehr eine einzige auf für sich bestehendem Fundamente beruhende Forderung getreten, welche sich aus der Vergleichung der untergegangenen Posten ergeben hat. —

Es hört auch, wie im Artikel 291 des Handelsgesetzbuchs, indem er vom Rechnungsabschlusse spricht, anerkannt wird, der seitherige Kontokorrent mit jedem periodischen Abschlusse auf und, wenn der Saldo anstatt bezahlt, in neue Rechnung übertragen wird, so ist damit zwar der Kontokorrentverkehr, nicht aber der frühere Kontokorrent fortgesetzt, sondern mit der neuen Rechnung auch ein neuer Kontokorrent eröffnet worden (vergl. Grünhut a. a. O. S. 510; Levy a. a. O. S. 124). Hieraus und aus der mit gegenseitiger Uebereinstimmung bewirkten Ueberschreibung in die neue Rechnung ergibt sich wiederum die nothwendige Folge, daß in der neuen Rechnung der eingetragene Saldo das Schicksal der übrigen Posten theilen, also gleich ihnen in der künftigen neuen Saldoziehung untergehen soll. —

Deßhalb nehmen auch in Frankreich Doktrin und Jurisprudenz überwiegend an, daß durch die Uebertragung in neue Rechnung der Saldo novirt werde und das erheblichste Bedenken, welches gegen diese Annahme geltend gemacht wird, ist der Rücksicht auf die für einen Saldo etwa bestehenden Sicherungen durch Bürgen oder Pfand entnommen.

Mit dieser Richtung allein kann aber die Konsequenz nicht abgewiesen werden, welche nothwendig aus der rechtlichen Natur des Kontokorrentvertrags, aus der Ermittlung des Saldos durch Kompensation, sowie aus dem Aufhören des konkreten Kontokorrents mit der Saldoziehung am Ende der Rechnungsperiode sich ergibt. Diese Rücksicht erscheint um so weniger gerechtfertigt, als die Uebertragung des Saldos in neue Rechnung im freien Belieben des Gläubigers steht und diesem durch Kreditbürgschaft oder Kredithypothek eine dauernde Sicherung gewährt werden kann. Diese Art der Sicherung ist auch der Bürgschaft oder Pfandbestellung für einen bestimmten Posten oder Saldo entschieden vorzuziehen, da durch sie klar und unzweideutig der Zweck erreicht wird, zu welchem man bei der Sicherung eines bestimmten Postens nur durch Konstruktionen gelangen kann, welche mit den Prinzipien des Kontokorrentverhältnisses in offenbarem Widerspruche stehen, von welchen auch nicht unterstellt werden kann, daß sie Jedem, der bloß für eine konkrete Schuld Bürgschaft übernommen hat, oder Jedem, welcher bei dem für eine solche Schuld bestehenden Pfandeintrage interessirt ist, zum vollen Verständnisse gelangt seien. —

Das Reichsgericht hat daher bei nochmaliger Prüfung der Frage abweichend von seiner vom Berufungsgerichte angeführten früheren Ent-

20000 Mark eingeräumt worden war, gefälschte Akzepte von über 100000 Mark an Zahlungsstatt angenommen, in der laufenden Rechnung gutgeschrieben und dadurch bei der Insolvenz des Schuldners die Bank in einen Schaden von ca. 66000 M. gebracht hatte. Weiter hatte er von B. ächte Akzepte in einem Betrag von 74000 M. in Zahlung genommen, welche von einem gewissen G. auf den Akzeptanten L. an die Ordre des Kontokorrentschuldners gegangen und von diesem an die Bank girirt worden waren. Die Erkundigungen, welche der Beklagte über die Vermögensverhältnisse des Ausstellers und Akzeptanten angestellt hatte, hatten ergeben, daß ersterer vermögenslos, letzterer zwar vermöglich und für den einzelnen der akzeptirten Wechsel solvent, aber nicht für die Gesammtsumme der auf einmal in Zahlung genommenen Wechsel zahlungsfähig war. In den Konkursen der drei Wechselschuldner wurde von der Bank so viel gerettet, daß ihr Verlust an diesen Wechseln ca. 33000 Mark ausmachte. Von dem Gesammtverluste der Bank mit ca. 100000 Mark wurden gegen den Kassier, weil das Vermögen desselben weiter nicht reichte, nur 25000 M. eingeklagt.

Derselbe wurde in zwei Instanzen verurtheilt. In den Gründen der zweiten Instanz ist gesagt: Wenn eine Genossenschaft, welche als solche als Kaufmann gilt (§ 11 Abs. 3 des Ges. v. 4. Juli 1868), wie im vorliegenden Falle einen Kaufmann als besoldeten Kassier anstellt, welcher als solcher zugleich zum Vorstandsmitgliede gewählt ist, so bildet der Vertrag für jeden von beiden Theilen ein Handelsgeschäft[1]). Der Beklagte hatte also nach Art. 282 des H.G.B. die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden.

Der Schaden, den die Klägerin erlitt, entstand nicht sowohl dadurch, daß der Beklagte die in Rede stehenden Akzepte zahlungshalber angenommen hat, als dadurch, daß er bei Bemessung derjenigen Beträge, welche er dem B. ausbezahlte, also bei Be-

scheidung vom 25. Juni 1880 die Ueberzeugung erlangt, daß auch ein Saldo und die für solchen bestellte Sicherung jedenfalls dann erlöschen müssen, wenn derselbe in neue Rechnung übertragen und durch neue Saldoziehung ausgeglichen ist.

1) Entsch. des R.O.H.G. Bd. 6 S. 196.

messung der Leistungen an denselben die Akzepte als Posten im Haben des B. in Rechnung nahm, des Umstandes unerachtet, daß, ob Zahlung der Akzepte erfolgen werde, bezw. ob die Bank nicht die Valuta für die von ihr begebenen Wechsel im Regreßwege herauszugeben habe, noch unentschieden war. Der Schaden bestand sodann darin, daß nach Entscheidung dieser Frage beim Abschlusse des Kontokorrents des Beklagten das Saldoguthaben der Bank die Grenze des dem B. eingeräumten Kredits um mehr als 150000 Mark überstieg und die vorhin bezeichneten Beträge verloren gingen.

Hinsichtlich der Verschuldung des Beklagten an diesem Verluste ist im Thatbestande zu dem erstrichterlichen Urtheile als unbestritten angeführt, daß eine Prüfung der Aechtheit der in Wirklichkeit gefälschten Akzepte nicht stattgefunden habe, auch eine Anfrage bei den Bezogenen nicht erfolgt sei; und es hat der vorige Richter sich dahin ausgesprochen: das Mindeste, was die Pflicht zur Erlangung eines sicheren Anhalts für die Einlösung eines Wechsels geboten hätte, wäre eine Anfrage bei dem Akzeptanten, ob der Wechsel in Ordnung sei, gewesen, und zwar selbst bei der Unterstellung der Aechtheit des Akzepts und der Zahlungsfähigkeit des Akzeptanten schon wegen etwaiger Einreden des Schuldners. Dieser Grund wird jedoch auch einen ordentlichen Kaufmann wenigstens für die Regel nicht veranlassen, eine derartige Anfrage zu stellen, da gegen die Wechselklage der Schuldner sich nur solcher Einreden bedienen kann, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Eine Befragung über die Aechtheit des Akzeptes würde sodann, wenigstens in manchen Fällen, voraussetzen, daß der Wechsel selbst dem Befragten vorgezeigt werden könnte, was vor dem Erwerbe des Wechsels nicht leicht thunlich sein wird. Bei dem Umsatze von Wechseln handelt es sich zudem darum, daß dem Veräußerer des Wechsels die Möglichkeit, über das Kapital bezw. den Kredit sofort zu verfügen, verschafft wird, was zeitraubende Erhebungen ausschließt. Auch ein ordentlicher Kaufmann nimmt, wie das Beispiel der Reichsbank zeigt, Wechsel als Zahlung an, kauft oder diskontirt Wechsel, ohne von der Aechtheit jeder einzelnen Unterschrift auf

dem Wechsel sich Gewißheit zu verschaffen, falls nur Verdachtsgründe nicht vorliegen, die Aechtheit der Unterschrift des Verkäufers feststeht, auch aus dem Wechsel die erforderliche Zahl von als zahlungsfähig bekannten Verpflichteten haftet, in welch' letzterer Beziehung bei der Reichsbank nach § 13 des Bankgesetzes vom 14. März 1875 mindestens 2, in der Regel aber 3 Verpflichtete erforderlich sind. Nur insoweit ist auch die Aechtheit der Unterschriften Voraussetzung für die Zulässigkeit des in Rede stehenden Erwerbs.

Der Beklagte hat nun aber allerdings die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns insoferne hintangesetzt, als er unterließ, sich davon in zuverlässiger Weise Ueberzeugung zu verschaffen, daß aus den in Rede stehenden Wechseln, abgesehen von der Person des B., von welchem er die Wechsel nahm, ein insbesondere auch im Verhältnisse zu dem Betrage zahlungsfähiger Verpflichteter, bezw. mehrere solche Verpflichtete haften, bevor er diese Wechsel bei Bemessung der dem B. geleisteten Zahlungen in Rechnung nahm. Die Person des Konto-Inhabers hatte hiebei außer Betracht zu bleiben, weil demselben Kredit nur gegen Sicherheit zu gewähren war. Die dem Beklagten ertheilte Instruktion des Aufsichtsrathes bestimmte: „Ein Wechsel darf als Deckung nur dann gutgeschrieben werden, wenn er akzeptirt und Aussteller oder Bezogener als vollkommen zahlungsfähig bekannt ist, oder wenn der Wechsel ein anerkannt gutes Giro trägt. Wenn aber der Kredit des Konto-Inhabers erschöpft ist, und der Konto-Inhaber auf Grund der durch den Wechsel geleisteten Deckung seinen Kredit neuerdings ausnützen will, so darf der Wechsel erst dann gutgeschrieben werden, wenn sicherer Anhalt dafür erlangt ist, daß der Wechsel eingelöst wird". Dieser Bestimmung der Instruktion, im Zusammenhalt mit der vorangehenden eine geringere Sicherheit verlangenden Bestimmung, daß ein Wechsel als Deckung dann gutgeschrieben werden dürfe, wenn mindestens eine anerkannt zahlungsfähige Person (natürlich außer dem Konto-Inhaber) aus dem Wechsel haftet, ist die Auslegung zu geben, daß bei Ueberschreitung des Kredites es nicht genügt, daß aus dem zur Deckung gegebenen Wechsel außer dem Kreditnehmer ein anerkannt zahlungsfähiger Verpflichteter haftet, daß vielmehr in

solchem Falle ein Mehreres, insbesondere eine Mehrheit von als zahlungsfähig bekannten Personen, welche außer dem Konto-Inhaber aus dem Wechsel haften, erfordert wird. Nun trugen aber die von L. akzeptirten Wechsel außer der Unterschrift des B. selbst und des G., welcher nach der über ihn erhaltenen Auskunft vom Beklagten nicht als zahlungsfähig betrachtet werden durfte, nur die Unterschrift des L. Der Beklagte hatte also Wechsel im Betrage von über 70000 M. dem B. gutgeschrieben, aus welchen nur eine Person haftete, die als zahlungsfähig wohl für einen geringeren Betrag, aber nicht für die ganze Summe gelten konnte.

Aus den Wechseln sodann, auf welchen die Akzepte gefälscht waren, hätte, auch wenn die Akzepte ächt gewesen wären, außer B. nur ein Wechselverpflichteter gehaftet. Von der Aechtheit der Akzepte hing also ab, ob aus diesen Wechseln überhaupt ein zahlungsfähiger Verpflichteter hafte. Mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns war es nicht vereinbar, diese Akzepte dem B. gutzuschreiben, ohne daß, was der Beklagte selbst nicht behauptet, positive Momente dafür vorlagen, daß die Akzepte der Bezogenen ächt seien. Der Beklagte hätte dieß umsomehr vermeiden sollen, weil er dadurch, daß mehrfach Wechsel, die B. an die Bank begeben hatte, bei Verfall von B. selbst eingelöst wurden, zur Vorsicht gemahnt war.

Keinenfalls entsprachen die in Rede stehenden Wechsel (die L.'schen Akzepte und die gefälschten Wechsel) der höheren Anforderung, welche die Instruktion des Aufsichtsrathes hinsichtlich der Sicherheit derjenigen Wechsel stellte, die als Deckung für eine Kreditüberschreitung dienen sollten. Gegen solche ungenügende Deckung durch Wechsel hat der Beklagte aber die höchst bedeutenden, die Beklagten in der angegebenen Weise schädigenden Kreditüberschreitungen des B. zugelassen. Er hat also, da der Schaden, welcher der Klägerin in Folge hievon zugieng, weit mehr als die eingeklagte Summe beträgt, jedenfalls diese nebst Zinsen vom Tage der Klagzustellung an zu ersetzen, woran dadurch Nichts geändert wird, wenn auch die übrigen Vorstandsmitglieder und den Aufsichtsrath gleichfalls ein Verschulden treffen sollte. Deren Anschauungen konnten ihn sowenig, als die Art seines eigenen

Geſchäftsbetriebes von der Verpflichtung zu Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns entbinden.

Erkenntniß des Oberlandesgerichts (I. Civil-Senats) vom 26. Mai 1882 in Sachen E. gegen Handwerkerbank W.

21. Verzinslichkeit der Wechſelſumme. Die Erhebung der Wechſelklage erſetzt die Präſentation zur Zahlung.

Der Unterrichter hatte die von dem Wechſelkläger geforderten Zinſen aus der Wechſelſumme abgewieſen, weil der Wechſel dem Beklagten, welcher abweſend war und durch öffentliche Zuſtellung geladen wurde, vor der Klagerhebung nicht zur Zahlung präſentirt worden ſei. In zweiter Inſtanz wurden Zinſen von der Klagerhebung an bewilligt mit folgender Begründung:

Aus dem Umſtand, daß der Wechſel dem Beklagten nicht vor der Erhebung der Klage zur Zahlung präſentirt worden iſt, folgt höchſtens, daß der Beklagte nicht ſchon vor dem Zeitpunkte der Erhebung der Klage im Verzuge ſich befand und daß er auch durch die Erhebung der Klage nicht in Verzug gekommen wäre, wenn er ſofort die Forderung anerkannt und Zahlung geleiſtet hätte. Da jedoch der Beklagte nach Erhebung der Klage ungeachtet der ihm gebotenen Gelegenheit, die Richtigkeit des Wechſels und die Legitimation des Wechſelinhabers zu prüfen, die Forderung nicht anerkannt hat, ſondern im Verhandlungstermin ausgeblieben und ihm deßhalb ein grundloſes Beſtreiten der Forderung zur Laſt zu legen iſt, ſo iſt er jedenfalls als von dem Tage der Erhebung der Klage an im Verzug befindlich anzuſehen [1]). Der Erhebung der Klage muß dieſelbe Wirkung wie der Präſentation des Wechſels, im vorliegenden Falle um ſo mehr beigelegt werden, da der Beklagte ſchon zur Zeit der Erhebung der Klage mit unbekanntem Aufenthaltsorte abweſend war und deßhalb die Präſentation des Wechſels in der im Art. 91 der W.O. vorgeſchriebenen Weiſe nicht möglich, eine Proteſterhebung aber zum Eintritt des Verzugs nicht nothwendig war.

Erkenntniß des Oberlandesgerichts (II. Civil-Senats) vom 20. April 1882 in Sachen Kaufmann gegen Lutz.

1) Vergl. Entſch. des R.O.H.G. Bd. 5 S. 314. 373, Bd. 14 S. 30; Borchardt, allgem. deutſche Wechſelordng. 7. Aufl. S. 226 Ziff. 491.

22. Versicherungsverträge. Auslegung der Bestimmung, wonach bei wahrheitswidrigen Angaben im Versicherungsantrag die Versicherung verwirkt ist. Versicherungsagenten; Grenzen ihrer Vertretungsbefugniß.

Nach allgemeinen Grundsätzen kann der Irrthum über den Gesundheitszustand der Person, deren Leben versichert wird, wenigstens in der Regel nur als Irrthum in den Beweggründen in Betracht kommen, und daher nur, wenn der Irrthum des Versicherers durch einen Dolus des Versicherungsnehmers hervorgerufen wird, die Aufhebung des Versicherungsvertrages bewirken, woferne nicht durch besondere Stipulationen ein Anderes bestimmt ist. Der Richter hat daher zu erheben, in welchem Umfange nach dem Vertrage die Anzeigepflicht bestimmt ist und unter welchen Voraussetzungen hienach eine Verwirkung der Ansprüche des Versicherungsnehmers eintritt [1]). Nach § 29 der Statuten der Beklagten hat der Antragsteller die in dem Antragsformulare gestellten Fragen gewissenhaft und ausführlich der Wahrheit gemäß zu beantworten und am Schlusse eigenhändig zu unterschreiben. Nach § 40 tritt die Verwirkung der Ansprüche an die Bank und zwar aller Ansprüche an dieselbe (nicht bloß des Anspruches auf die Versicherungssumme, sondern auch des Anspruches auf Erstattung der eingezahlten Prämien) ein, wenn es sich herausstellt, daß in dem Antrage wahrheitswidrige Angaben gemacht sind, welche bei Beurtheilung des Gesundheitszustandes von Erheblichkeit hätten sein können. Im Anschlusse hieran ist im Eingange des Antragsformulares gesagt, „die nachstehenden Fragen hat diejenige Person, deren Leben versichert werden soll, gewissenhaft, vollständig, ausführlich und schriftlich zu beantworten und am Schlusse eigenhändig zu unterschreiben". Im Schlußsatze bezeugt der Antragsteller, „daß vorstehende Fragen wahrheitsgemäß beantwortet seien, und daß er bezüglich seiner früheren wie jetzigen Krankheiten Nichts darin verschwiegen habe"; auch unterwirft er sich dieserhalb der Be-

1) R.O.H.G. Bd. 11 S. 134.

dingung, „daß alle aus dem Abschlusse der Versicherung für die Bank hervorgehenden Verbindlichkeiten erloschen sein sollen, wenn nachgewiesen würde, daß eine der im Antrage enthaltenen Fragen der Wahrheit entgegen beantwortet sei". Hiernach soll nicht jede objektiv unrichtige Beantwortung einer Frage die Verwirkung der Ansprüche des Versicherungsnehmers zur Folge haben. Denn es ist nicht gesagt, daß die Fragen richtig d. h. objektiv richtig beantwortet sein müssen. Vielmehr ist das subjektive Requisit der Gewissenhaftigkeit in Beantwortung der Fragen hervorgehoben; und unter wahrheitswidrigen Angaben, können, womit auch der Gegensatz im Schlusse des Antragformulares — wahrheitsgemäß und der Wahrheit entgegen — im Einklange steht, nicht alle objektiv unrichtigen Angaben, sondern nur solche unrichtige Angaben verstanden werden, welche eine Verletzung der Pflicht der Gewissenhaftigkeit in Offenbarung der dem Antragsteller bekannten Thatumstände, über welche er befragt ist, involviren [2]). Andererseits genügt zur Verwirkung der Ansprüche jede wissentliche Verletzung der Wahrheit der Beklagten gegenüber; und es wird nicht erfordert, daß den Antragsteller der Vorwurf betrüglichen Handelns trifft, daß er das Bewußtsein der durch das Verschweigen eines Thatumstandes, über den er befragt ist, bedingten Rechtsverletzung und die Absicht, hiedurch die Beklagte zu schädigen, gehabt hat [3]).

Was hienach die Einrede betrifft, die Ansprüche an die Beklagte seien erloschen, weil in dem Versicherungsantrage des Erblassers der Kläger der von demselben früher bei einer andern Versicherungsanstalt, der Providentia, gestellte Antrag und dessen Abweisung verschwiegen sei, so bedarf es zunächst darüber, daß der in Rede stehende, dem Erblasser bekannte Thatumstand ein erheblicher war d. h. bei Beurtheilung des Gesundheitszustandes von Erheblichkeit hätte sein können, besonderen Beweises nicht, und es würde diese Erheblichkeit auch dadurch nicht ausgeschlossen, wenn die Nachfrage, zu welcher die Kenntniß von der Abweisung des Antrages bei der Providentia hätte Anlaß geben können,

2) cfr. R.O.H.G. Bd. 4 S. 60.
3) R.O.H.G. Bd. 9 S 66. 350.

kein Resultat geliefert haben würde, welches die Beklagte von der Uebernahme der Versicherung hätte abhalten können. Denn nach dem Inhalte des Antragsformulars ist der in Rede stehende Thatumstand als ein erheblicher von der Beklagten bezeichnet und von dem Erblasser der Kläger anerkannt, soferne nach dem übereinstimmend erklärten Willen beider Theile in dem Schlußsatze des Antragsformulares an die wahrheitswidrige Beantwortung der hierauf bezüglichen Frage wie der übrigen im Formulare enthaltenen Fragen das Erlöschen aller Verbindlichkeiten der Bank geknüpft ist [4]). Und es kommt nicht darauf an, ob der Versicherungsnehmer die Erheblichkeit dieses Umstandes für den Entschluß der Beklagten, sich auf den bei ihr gestellten Antrag einzulassen, gekannt hat [5]).

Den Klägern kann auch der Umstand nicht zu Statten kommen, daß der Generalagent der Beklagten und daß der Agent derselben anläßlich des gestellten Versicherungsantrages Kenntniß von der Abweisung des früher bei der Providentia gestellten Antrages erhielten. Denn wenn auch, falls die Beklagte hievon Kenntniß hatte, aber gleichwohl den Vertrag durch Auslieferung der Police zum Abschlusse brachte, hiedurch die Replik der Genehmigung, bezw. des Dolus gegen die in Rede stehende Einrede begründet würde, so ist dieß nicht auch dann der Fall, wenn nicht die Beklagte, sondern nur ihre Agenten Kenntniß hievon hatten. Nur wenn diejenigen Vertreter der Beklagten, welche in deren Namen kontrahiren oder die Erklärungen und Antworten des Antragstellers entgegenzunehmen ermächtigt sind, Kenntniß von einem verschwiegenen erheblichen Umstand haben, kann hieraus die in Rede stehende Replik abgeleitet werden. Der Agent, auch der Generalagent, schließt aber nicht die Verträge ab, sondern der Direktor in Verbindung mit einem Mitgliede des Verwaltungsrathes (§ 34 der Statuten). Und der Direktor nimmt als Generalbevollmächtigter der Bank die Anträge und Deklarationen der Antragsteller entgegen. Dessen Wissen von einem verschwiegenen erheblichen Umstand wäre also entscheidend.

4) Vergl. Seuffert's Archiv Bd. 28 Nr. 158.
5) R.O.H.G. Bd. 17 S. 25.

Die Agenten werden zwar in § 16 der Statuten der Beklagten Bevollmächtigte der Bank genannt. Ueber den Umfang ihrer Vollmacht enthalten aber die Statuten abgesehen von der Ermächtigung zur Empfangnahme der Prämien und zur Entgegennahme der Anzeige vom Tode einer versicherten Person keine Bestimmungen. Bei der Unbestimmtheit und Mehrdeutigkeit des Begriffs eines „Agenten" ist deßhalb der Umfang der Bevollmächtigung eines solchen nach dem Inhalte des zwischen ihm und der Bank begründeten Vertragsverhältnisses, wie sich derselbe aus ausdrücklichen Erklärungen oder stillschweigend aus den Umständen ergibt, zu bemessen. Daß aber der Agent oder der Generalagent zufolge des Inhaltes des zwischen ihm und der Bank bestehenden Mandatsverhältnisses ermächtigt wäre, an der Stelle der durch die Statuten vorgeschriebenen schriftlichen Deklarationen mündliche Anzeigen als Vertreter der Beklagten entgegenzunehmen, ist nicht dargethan.

Auch durch die Thatsache, daß der Agent den Antragebogen ausgefüllt und die ihm bekannte Abweisung des bei der Providentia gestellten Antrages nicht in denselben aufgenommen hat, wird der Antragsteller nicht entschuldigt. Denn die Bank verlangt Erklärungen des Antragstellers und nicht ihres Agenten. Dieser handelt, wenn er das Formular ausfüllt, nicht als Vertreter der Bank, sondern des Antragstellers, wenn dieser ihn mit der Ausfüllung des Formulares beauftragt, oder ihm die Beantwortung überlassen hat. Und durch die Unterzeichnung des von dem Agenten ausgefüllten Antragebogens macht er die in demselben enthaltenen Antworten zu seinem eigenen; er hat deßhalb dieselben als von ihm ausgegangen gegen sich gelten zu lassen [6]).

Erkenntniß des Oberlandesgerichts (I. Civil-Senats) vom 7. Februar 1882 in Sachen Bader gegen Bremer Lebensversicherungsbank [7]).

6) Zu vergl. R.O.H.G. Bd. 8 S. 56. 57.

7) Die Lebensversicherungsbank wurde gleichwohl aus einem andern rein faktischen Grunde abgewiesen. Der Fall kam in die Revisionsinstanz. Die oben mitgetheilten Sätze sind aber durch die Entscheidung des Reichsgerichts nicht berührt (A. d. E.).

23. Genossenschaftsgesetz. Rechtsverhältniß der Genossenschafter zu der Genossenschaft. Rechtspersönlichkeit der Letztern. Sind die Genossenschafter als solche zur Regreßklage gegen die Beamten der Genossenschaft legitimirt? Sind sie es wenigstens nach Auflösung der Gesellschaft bezw. nach Beendigung des Konkurs- und Umlageverfahrens?

Die Generalversammlung der Mitglieder der Gewerbebank zu Backnang, einer eingetragenen Genossenschaft, hatte im Jahre 1874 die Auflösung der Genossenschaft beschlossen. Die Liquidatoren beantragten demnächst die Eröffnung des Konkurses gegen dieselbe, in dessen Verlauf sich eine auf die Genossenschafter zu vertheilende Vermögensunzulänglichkeit von 172000 Mark herausstellte. Nach Beendigung des Konkurses, Feststellung und Vollziehung des Vertheilungsplanes traten 125 Genossenschafter zusammen und erhoben gemeinschaftliche Klage gegen 25 Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths der Genossenschaft bezw. deren Erben, indem sie wegen Verletzung der den Beamten einer eingetragenen Genossenschaft obliegenden Pflichten einen Schadensersatz im Belaufe von 118000 Mark verlangten. Die erhobene Vorfrage, ob die Kläger als eine Vereinigung einzelner Genossenschafter zu Geltendmachung des Anspruchs sachlich legitimirt seien, wurde in zwei Instanzen, in der II. Instanz mit folgender Ausführung verneint.

1. Die eingetragene Genossenschaft bildet ein selbständiges Rechtssubjekt, und es besteht nicht blos ein Sozietätsverhältniß unter den Genossenschaftern. Sie ist in dieser Beziehung nicht einer offenen Handelsgesellschaft, sondern einer Aktien-Gesellschaft gleichzustellen.

a) Zwar muß auch bei der offenen Handelsgesellschaft, welche nicht als juristische Person, und (falls der Begriff der juristischen Person enger zu begrenzen wäre, als der eines selbständigen Rechtssubjetts) überhaupt nicht als selbständiges Rechtssubjekt aufzufassen ist, nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches Art. 111. 119—122 das Gesellschaftsver-

mögen als ein juriſtiſches Ganzes gedacht werden, über welches nur im Namen aller Geſellſchafter verfügt werden darf. Allein daſſelbe bleibt Vermögen der Geſellſchafter und geht durch Aufhebung der Geſellſchaft in eine Mehrheit von Vermögensobjekten über, an welchen nun die antheiligen Rechte der einzelnen Geſellſchafter, gelöſt aus der ihnen durch jene Einheit auferlegten Beſchränkung, in ihre naturgemäße Wirkſamkeit treten. Es wird nicht Vermögen einer fingirten Perſönlichkeit, eines ſelbſtändigen Rechtsſubjektes [1]). Die Geſellſchafter ſind Rechtsſubjekt, aber nicht Organ oder Vertreter oder äußere Erſcheinung eines von ihnen verſchiedenen idealen Rechtsſubjektes [2]).

b) Was dagegen die Aktien-Geſellſchaft betrifft, ſo kommen dieſer, wie die Motive zur R.Konkursordnung [3]) ſagen, unzweifelhaft alle Vermögensrechte zu, welche aus der juriſtiſchen Perſönlichkeit abzuleiten ſind. Für die rechtliche Auffaſſung derſelben iſt nicht der Art. 216 Abſ. 1 des H.G.B.: „Jeder Aktionär hat einen verhältnißmäßigen Antheil am Vermögen der Geſellſchaft" entſcheidend, ſondern der unter dem Abſchnitt: „Allgemeine Grundſätze" ſtehende Art. 213: „Die Aktien-Geſellſchaft als ſolche hat ſelbſtändig ihre Rechte und Pflichten". Es iſt damit nicht bloß (wie Thoel, Handelsrecht, 6. Aufl. § 150 S. 468 behauptet) ausgedrückt, es könne die Aktien-Geſellſchaft Rechte und Pflichten haben, unabhängig von der rechtlichen Möglichkeit der einzelnen Aktionäre, ſolche Rechte und Pflichten zu haben. Der Wortlaut des Art. 213 und ſeine Entſtehungsgeſchichte führt zu einem andern Ergebniſſe. Läßt auch das R.O.H.G. in der Entſch. Bd. 22 S. 242 unentſchieden, ob nicht in der That der Art. 213 die Aktien-Geſellſchaft als einheitliches Rechtsſubjekt für alle der Realiſation des Geſellſchaftszweckes dienenden Rechte und Verbindlichkeiten hinſtellt und deßhalb ebenſo wie das wahre Weſen der Aktien-Geſellſchaft zur Annahme der juriſtiſchen Perſon zwingt, ſo bezeichnet es doch die Faſſung des Art. 213 als den Ausdruck des Gedankens, daß bei der Aktien-Geſellſchaft die

1) Entſch. des R.O.H.G. Bd. 9 S. 17; Bd. 14 S. 5; Bd. 12 S. 261; Bd. 21 S. 130.

2) Stobbe, deutſches Privatrecht I. S. 325.

3) S. 1155 der Kortkampf'ſchen Ausgabe.

Rechte und Verbindlichkeiten, welche dem Gesellschaftszwecke dienen, nicht als Quoten-Rechte und -Verbindlichkeiten der einzelnen im Vereine befindlichen physischen Rechtssubjekte angesehen werden, bezw. zur Ausübung gelangen sollen, daß demnach die Verfügung über das Gesellschaftsvermögen dem Willen des Einzel-Aktionärs als solchem unbedingt entzogen ist. Bestimmt auch der Art. 216 Abs. 1: „Jeder Aktionär hat einen verhältnißmäßigen Antheil am Vermögen der Gesellschaft", so wird doch das Vermögen des Vereins nicht aufgelöst in ein ideelles Miteigenthum der Aktionäre. Es wird dadurch nur ausgedrückt, daß auf das Vermögen der Gesellschaft die vorbehältlich des vorhandenen Eigenthums der Gesellschaft Erhebungsberechtigten die Aktionäre sind, daß also insbesondere beim Wegfall des Vereins das Gesellschaftsvermögen nicht bonum vacans wird. Die Aktionäre haben nach Art. 216 Abs. 2 und Art. 245 Abs. 1 während des Bestehens der Aktien-Gesellschaft nur einen Anspruch auf den reinen Gewinn und nach Auflösung der Gesellschaft auf Vertheilung des nach Tilgung der Schulden verbleibenden Vermögens nach Verhältniß ihrer Aktien[4]). Der Art. 245 Abs. 1 sagt nicht, das Vermögen einer aufgelösten Aktien-Gesellschaft ist unter den Aktionären nach Verhältniß ihrer Aktien getheilt, sondern — wird unter die Aktionäre nach Verhältniß ihrer Aktien vertheilt. Die Aktionäre sukzediren nicht, wie allerdings Renaud, das Recht der Aktien-Gesellsch. 2. Aufl. S. 842 und Stobbe, Privatrecht I. S. 394 Note 26 lehren — ipso jure in das Vermögen des Vereins. Auch für den Fall der Auflösung besteht vielmehr nur eine Forderung der Aktionäre gegen den Verein, nicht gegen die einzelnen Aktionäre auf Theilung des Restvermögens. Solange noch ein Vermögen vorhanden ist, dauert die Aktien-Gesellschaft und die Forderung der Aktionäre gegen dieselbe auf Theilung des Restvermögens fort[5]). Es stellt auch nicht die Summe der Einzelnwillen der

4) R.O.H.G. Bd. 22 S. 242. 243.

5) Witte in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 8 S. 1 — 27, insbesondere S. 25. 26; Urtheil des badischen Verwaltungsgerichtshofs in derselben Zeitschrift Bd. 15 S. 262 ff.; R.O.H.G. Bd. 22 S. 243. 244; vergl. auch Bd. 19 S. 194, woselbst diese Sätze in Beziehung auf die Gewerkschaft aufgestellt sind.

Aktionäre begriffsmäßig den Willen des Vereins dar; vielmehr sind für die Rechtsverhältnisse desselben nur die in verfassungsmäßiger Weise zusammengekommenen Willensäußerungen von Organen der Gesellschaft maßgebend [6]). Wenn Thoel 6. Aufl. I. S. 473 hiegegen bemerkt: „Die Summe der Einzelwillen vieler Mitglieder (Majorität) vermag Vieles und die aller Mitglieder vermag Alles," so ist entgegenzuhalten, daß dies nur zutrifft, wenn diese Willenserklärungen in verfassungsmäßiger Weise, in der Generalversammlung, zu Stande gekommen sind. Die Aktien-Gesellschaft ist eine durch besondere Organe handelnde Vereinigung von Menschen, deren Zweck nicht bloß auf die Interessen ihrer dermaligen Mitglieder beschränkt ist, und welche, von ihren einzelnen Mitgliedern unabhängig, in ihrer gedachten Einheit als Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten anerkannt ist. Die hauptsächlichsten Einwendungen, welche gegen die Auffassung derselben als juristische Persönlichkeit geltend gemacht werden, beruhen auch nur darauf, daß dieselbe nicht einem fortdauernden gemeinnützigen Zwecke diene, wie dies nach dem preußischen L.R. II. 6 § 25 zum Begriffe der Korporationen erfordert wird, oder darauf, daß häufig zur Entstehung der juristischen Person und zu deren Auflösung spezielle staatliche Genehmigung für erforderlich gehalten wird, oder daß, was für den Begriff gleichfalls unwesentlich ist, dem Aktienvereine nicht auch die jura minorum zukommen. Die herrschende Ansicht geht auch dahin, daß die Aktien-Gesellschaft nicht eine bloße Sozietät sei, sondern ein selbständiges Rechtssubjekt bilde [7]).

c) Was die eingetragene Genossenschaft betrifft, so hat das R.Gesetz vom 4. Juli 1868 es allerdings vermieden, sich darüber auszusprechen, ob dieselbe eine juristische Person sei. Es ist insbesondere der Satz 1 des Art. 213 des H.G.B.: „Die Aktien-Gesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und

6) v. Hahn 3. Aufl. I. S. 684.

7) Württb. Archiv Bd. 11 S. 181; Seuffert Bd. 18 Nr. 267; Bd. 12 Nr. 58; Windscheid, Pandekten § 58; Waechter, Pandekten I. § 54 S. 243 ff.; Stobbe I. § 58; Maudry, civilrechtl. Inhalt S. 124; v. Hahn, Komment. zum H.G.B. 3. Aufl. S. 684; Renaud, Recht der Akt.-Ges. 2. Aufl. § 12.

Pflichten" nicht in das Gesetz über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften herübergenommen worden, wie dies bei verschiedenen andern für die Aktien-Gesellschaft geltenden Bestimmungen des H.G.B. der Fall ist. Doch gibt die Entstehungsgeschichte des Gesetzes vom 4. Juli 1868 auch keine Momente dafür an die Hand, daß hiedurch der Genossenschaft der Charakter als selbständiges Rechtssubjekt habe versagt werden wollen. Richtig ist ferner, daß in dem Gesetz vom 4. Juli 1868 nicht bloß solche Artikel des H.G.B., welche von der Aktien-Gesellschaft handeln, sondern auch verschiedene Artikel des von der offenen Handelsgesellschaft handelnden Titels des H.G.B. auf die Genossenschaft angewendet sind; insbesondere die Art. 111. 119—121 dieses Titels finden sich als §§ 11. 13—15 in dem Genossenschaftsgesetz. Es sind dieß Bestimmungen, durch welche das Gesellschaftsvermögen als ein juristisches Ganzes sich charakterisirt. Allein das Vermögen der Genossenschaft steht nicht im Miteigenthum der einzelnen Genossenschafter, wie das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft in dem der Gesellschafter. Vielmehr hat nach dem Gesetz vom 4. Juli 1868 der Genossenschafter während des Bestehens der Genossenschaft nur Anspruch auf Vertheilung des Gewinnes nach Maßgabe des § 9 Abs. 2, beim Ausscheiden auf Auszahlung seines Geschäftsantheiles, wie er sich aus den Büchern ergibt (§ 39 Abs. 2), und bei der Auflösung auf verhältnißmäßige Rückzahlung der Geschäftsantheile, eventuell auf Zahlung des Gewinnes des letzten Rechnungsjahres und auf Vertheilung weiterer Ueberschüsse nach § 47. Der Gegenstand des Rechtes des einzelnen Genossenschafters ist nicht eine bestimmte Quote des Gesellschaftsvermögens, überhaupt nicht ein Antheil an demselben, sondern es kommt dem einzelnen Genossenschafter nur ein Forderungsrecht an die Genossenschaft zu auf Bezahlung der in § 9. 39 und 47 bezeichneten, in ihrem Betrage unbestimmten Summen [8]). Daß die Genossenschafter erst nach der Befriedigung der andern Gläubiger zur Befriedigung kommen, widerspricht der Natur des obligatorischen Rechtes des

8) Sicherer, Genossenschaftsgesetzgebung, Seite 119. 235. 236; Stobbe I. S. 407.

Genossenschafters gegen die Genossenschaft nicht [9]). Auch die Genossenschaft handelt durch Organe, hinsichtlich welcher der Abschnitt III. des Genossenschaftsgesetzes Bestimmungen enthält, welche im Wesentlichen den dießfalls für die Aktien-Gesellschaft geltenden Vorschriften des H.G.B. nachgebildet sind. Hiezu kommt, daß die Mitgliederzahl der Genossenschaft eine nicht geschlossene ist. Dieser Wechsel der Mitglieder, den die Genossenschaft mit den Korporationen theilt, unterscheidet sie wesentlich auch von den offenen Handelsgesellschaften, und drängte dazu, sie als selbständiges Rechtssubjekt zu konstruiren. Die subsidiäre Solidarhaft der Genossenschafter den Genossenschaftsgläubigern gegenüber ist auch mit der Annahme einer juristischen Person nicht unvereinbar. Eine solche Haftpflicht kann insbesondere auch bei einer Korporation vorkommen [10]). Und noch weniger kann aus dem Ausdruck des Gesetzes: Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl in § 1 und Gesellschaftsvertrag in § 2 ff. geschlossen werden, daß die Genossenschaft eine römisch-rechtliche Sozietät und nicht ein selbständiges Rechtssubjekt sei, weil der Ausdruck Gesellschaft ein mehrdeutiger ist. Daß bei der offenen Handelsgesellschaft ein ausgeschiedener oder ausgeschlossener Gesellschafter sich die Auslieferung seines Antheils am Gesellschaftsvermögen in einer den Werth desselben darstellenden Geldsumme gefallen lassen muß, was sich daraus erklärt, daß die Gesellschaft nur für ihn aufhört und sein Miteigenthum am Gesellschaftsvermögen deßhalb auf die übrigen Gesellschafter übergeht, rechtfertigt den Schluß nicht, daß auch die Genossenschaft, weil auch bei dieser der einzelne Genossenschafter nur einen Anspruch auf Bezahlung in Geld hat, als Sozietät aufzufassen sei. Denn das Recht des Genossenschafters besteht überhaupt nur in einer Forderung an die Genossenschaft, und nicht in einem condominium an dem Genossenschaftsvermögen.

Die Motive zum Genossenschaftsgesetze [11]) enthalten die Be-

9) Sicherer, S. 120.

10) Sicherer, S. 109; Gierke in der Zeitschr. für H.R. Bd. 20 S. 306; vergl. auch Seuffert's Archiv Bd. 12 Nr. 58.

11) Aktenstücke zu den Verh. des norddeutschen Reichstags von 1868 Bd. III. S. 206 zu § 12.

merkung: „Die Genossenschafter als Bürgen für die Genossenschaft, welcher nunmehr Rechtsfähigkeit zukomme"; womit anerkannt wird, daß die Genossenschaft ein selbständiges Rechtssubjekt bilde. Daß sie als juristische Einheit, als Gesammtheit aufzufassen sei, ist auch in dem Kommiss.Bericht vom 10. September 1866 [12]) gesagt. Die Motive zur R.Konk.O. [13]) sprechen sich wenigstens dahin aus: „Die Genossenschaft entbehrt kaum der Merkmale einer juristischen Person". Als solche wird sie aufgefaßt von Wächter, Pandekten I. S. 244. 245; Windscheid § 60 Note 2 a. E.; Stobbe I. S. 405; Sicherer, S. 104 ff.; Mandry, civilrechtlicher Inhalt S. 124. Als ein selbständiges Rechtssubjekt bezeichnet sie, wenn auch mit dem Beifügen, daß sie nicht zu den juristischen Personen des römischen Rechts gerechnet werden könne, Parisius, Genossenschaftsgesetze (1876) S. 130.

2. Ein Vertragsverhältniß besteht nun nicht zwischen den Beamten der Genossenschaft und den einzelnen Genossenschaftern, sondern nur zwischen den Beamten der Genossenschaft und der Genossenschaft, welche dieselben durch Wahl der Generalversammlung zu ihren Organen bestellt hat. Es kann auch nicht aus der subsidiären Solidarhaft der Genossenschafter auf ein Rechtsverhältniß zwischen den einzelnen Genossenschaftern und dem Vorstand der Genossenschaft geschlossen werden. Denn der Grund jener Haftpflicht liegt in der Unterwerfung unter das Statut der Genossenschaft durch die Eintrittserklärung [14]). Aus dem Vertragsverhältnisse können also die Kläger ein eigenes Klagerecht nicht ableiten. Zwar behauptet Bekker in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 17 S. 415. 440 von dem Aufsichtsrath einer Aktien-Gesellschaft, daß derselbe zugleich Organ der Aktien-Gesellschaft und der einzelnen Aktionäre sei, unter Bezugnahme auf die Worte in Art. 231 des H.G.B. „eines Aufsichtsrathes oder eines andern Organs der Aktionäre". Und ebenso findet sich in dem den zit. Art. 231 nachgebildeten § 21

12) Aktenstücke zu den Verh. des norddeutschen Reichstags von 1868 Bd. II. S. 202.

13) Kortkampf'sche Ausg. S. 1555.

14) Vergl. Gierke l. c. gegen Sicherer S. 230.

des Genoſſenſchaftsgeſetzes der Ausdruck: eines Aufſichtsrathes oder andern Organes der Genoſſenſchafter. Allein dieſe Auffaſſung Bekker's wird hinſichtlich des Aufſichtsrathes der Aktien-Geſellſchaft widerlegt in der Entſcheidung des R.O.H.G. Bd. 19 S. 179. Die Generalverſammlung der Aktionäre handelt auch bei der Wahl des Aufſichtsrathes Namens der Aktien-Geſellſchaft, aber nicht Namens der Aktionäre. Wenn auch die von den Beamten der Geſellſchaft wahrzunehmenden Intereſſen des Vereins zugleich Intereſſen der einzelnen Aktionäre ſind, ſo tritt doch derjenige, der in den Aufſichtsrath gewählt wird und die Wahl annimmt, nicht in ſo viele Vertragsverhältniſſe, als es Aktionäre ſind, ſondern in ein einziges gegenüber der Geſellſchaft. In Art. 231 iſt wie in Art. 239 unter den Aktionären die Generalverſammlung zu verſtehen, was hinſichtlich des Art. 239 aus dem Art. 224 hervorgeht.

Ebenſo iſt auch in § 21 des Genoſſenſchaftsgeſetzes unter den Genoſſenſchaftern die Generalverſammlung zu verſtehen. Der Aufſichtsrath, welcher nach § 28 von den Genoſſenſchaftern aus ihrer Mitte gewählt wird, tritt nur der Genoſſenſchaft gegenüber in die aus § 28 Abſ. 2 ſich ergebenden Verpflichtungen. Und die Genoſſenſchafter können ihr Wahlrecht nach § 10 nur in der Generalverſammlung ausüben. Der Ausdruck in § 21: „der Genoſſenſchafter" ſtatt „der Genoſſenſchaft" iſt aus einer Ungenauigkeit der Faſſung zu erklären, welche in dem bayeriſchen Geſetze Art. 21 vermieden iſt[15]). Ein Klagrecht der Aktionäre gegen die Mitglieder des Vorſtandes und des Aufſichtsrathes leitet allerdings Thoel § 158 aus dem Art. 195 des H.G.B., auf welchen in Art. 226 verwieſen iſt, ab. Allein ſeine Auslegung dieſes Artikels hat ihre Widerlegung gefunden in der Entſcheidung des R.O.H.G. Bd. 19 S. 182. Der dem zitirten Art. 226 korreſpondirende § 29 des Genoſſenſchaftsgeſetzes enthält nur Beſtimmungen darüber, durch wen die Genoſſenſchaft bei Prozeſſen derſelben gegen die Mitglieder des Vorſtandes oder Aufſichtsrathes vertreten wird. Daß der einzelne Genoſſenſchafter nach § 29 Schlußſatz befugt iſt, als Intervenient in einen ſolchen

15) Vergl. Sicherer S. 251 Note 1.

Prozeß gegen die Mitglieder des Aufsichtsrathes auf seine Kosten einzutreten, enthält nicht eine Anerkennung eines eigenen Klagerechtes des Genossenschafters; denn diese akzessorische Intervention setzt einen zwischen dritten Personen anhängigen Prozeß voraus, und die Befugniß einer Partei, im Prozesse unterstützend als Neben-Intervenient beizutreten, rechtfertigt den Schluß auf ein eigenes Klagerecht nicht. So wenig das von der französischen Gesetzgebung und der englischen Jurisprudenz anerkannte Recht des einzelnen Aktionärs, die schuldigen Vorstands- oder Aufsichtsrathsmitglieder zu seinem Antheil auf Schadenersatz zu belangen, von der deutschen Gesetzgebung anerkannt ist[16]), so wenig ist durch das Genossenschaftsgesetz ein solches Recht des einzelnen Genossenschafters zur Geltung gekommen.

3. Was speziell die Verhältnisse der Gewerbebank Backnang betrifft, so besagen sowohl die neueren Statuten von 1872 und 1874, als die älteren von 1864 und 1868: der Verein besorgt seine Angelegenheiten theils in Generalversammlungen, theils durch einen Ausschuß (Aufsichtsrath), theils durch den Vorstand (und die Beamten). Auch hier werden also die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrathes (Ausschusses) lediglich als in einem Vertragsverhältnisse zu dem Vereine stehend aufgefaßt. Auch die in den älteren Statuten vorgesehene Kontrole-Kommission, welche nach § 6 derselben von der Generalversammlung gewählt wird und dieser Bericht zu erstatten hat, charakterisirt sich hienach als Organ des Vereines und nicht als Organ der einzelnen Mitglieder. Daß nach § 7 der neueren Statuten jeder Genossenschafter die auf ihn gefallene Wahl in den Aufsichtsrath (Ausschuß) anzunehmen hat und daß die sämmtlichen Beamten des Vereins aus den Mitgliedern desselben entnommen wurden, ändert an dem Rechtsverhältnisse derselben Nichts. Insbesondere begründet auch jene Vorschrift nicht ein Vertragsverhältniß der Mitglieder unter sich, sondern nur eine Pflicht der einzelnen Genossenschafter gegen die durch das Statut (den Gesellschaftsvertrag) errichtete Genossenschaft als ein selbständiges Rechtssubjekt.

4. Das Klagrecht kann aber auch nicht auf eine besondere

16) Vergl. Entsch. des R.O.H.G. Bd. 19 S. 183.

gesetzliche Vorschrift gegründet werden. Allerdings bestimmt der dem Art. 241 Satz 2 des H.G.B. gleichlautende § 27 Satz 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1868 für die Genossenschaft, wie jener Artikel des H.G.B. für die Aktien-Gesellschaft: „Mitglieder des Vorstandes, welche in dieser ihrer Eigenschaft außer den Grenzen ihres Auftrages oder den Vorschriften dieses Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages entgegenhandeln, haften persönlich und solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden". Eine Beschränkung hinsichtlich der Personen, denen sie haften, enthält das Gesetz nicht. Es hat deßhalb auch v. Hahn die in der 1. und 2. Auflage des Kommentares zum H.G.B. ausgesprochene Ansicht, daß die in Rede stehende Gesetzesbestimmung mittelst einer Klage der Aktien-Gesellschaft auf dem in Art. 226 angegebenen Wege realisirt werde, und Dritten die Haftung nur indirekt zu gute kommen könne, in der 3. Auflage S. 745. 746 zurückgenommen. Wenn aber auch durch den zitirten Art. 241 resp. § 27 eine Haftung nicht bloß dem Verein gegenüber, sondern auch dritten Personen gegenüber statuirt ist, so kann doch diese Haftung Dritten, auch den einzelnen Genossenschaftern oder Aktionären gegenüber nur dann eintreten, wenn ihnen aus den pflichtwidrigen Handlungen der Vorstandsmitglieder ein Schaden erwächst, ohne daß der Verein selbst davon betroffen wird. Es können die Vorstandsmitglieder insbesondere nicht verpflichtet sein, wegen derselben Pflichtwidrigkeit die Aktien-Gesellschaft oder Genossenschaft und auch die einzelnen Aktionäre oder Genossenschafter zu entschädigen. Es ergibt sich dies daraus, daß die Beträge, welche die Vorstandsmitglieder in die Gesellschafts- oder Genossenschaftskasse zur Ausgleichung des derselben zugefügten Schadens zu bezahlen haben, den einzelnen Aktionären oder Genossenschaftern mittelbar zu gute kommen, daß sie aber doch nicht doppelten Ersatz einmal mittelbar, einmal unmittelbar verlangen können. Man kann auch nicht sagen, es mindere sich der Anspruch des Vereines oder der der einzelnen Mitglieder je um so viel, als diese oder jener zur Ausgleichung des Schadens erhalten. Eine solche Abhängigkeit der beiderseitigen Ansprüche würde nicht nur zu Verwirrungen führen, sondern wäre auch unvereinbar mit dem Wesen des Vereins, der ein

ſelbſtändiges Vermögen hat, und ein ſelbſtändiges, von den einzelnen Mitgliedern unabhängiges Rechtsſubjekt bildet. Eine Aktien-Geſellſchaft oder eine Genoſſenſchaft könnte auch in keiner Weiſe gedeihen, wenn die Vorſtandsmitglieder wegen eines dem Verein zugegangenen Schadens jederzeit auch einer Klage durch die einzelnen Mitglieder ausgeſetzt wären[17]). Es bemerkt deßhalb auch v. Hahn 3. Auflage S. 746: „dieſe Haftung kann nicht ſo aufgefaßt werden, daß, weil jeder der Geſellſchaft zugefügte Schaden indirekt auch die Aktionäre und möglicherweiſe auch die Gläubiger benachtheiligt, Aktionäre oder Gläubiger dieſen indirekten Schaden aus eigenem Rechte geltend machen könnten. Dagegen können ſie Erſatz desjenigen Schadens verlangen, der ihnen aus den rechtswidrigen Handlungen der Vorſtandsmitglieder erwächſt, ohne daß die Geſellſchaft ſelbſt durch denſelben betroffen wird. Indirekt iſt auch, wenn es ſich um einen Schaden handelt, der zunächſt den Verein und nur mittelbar die einzelnen Mitglieder betroffen hat, eine Klage der einzelnen Mitglieder ausgeſchloſſen durch die Art. 224 und 226 des H.G.B., bezw. durch § 10. 28 ff. des Genoſſenſchaftsgeſetzes, da es ſich dießfalls um eine Angelegenheit des Vereines handelt, die Rechte aber, welche den Mitgliedern in Angelegenheiten der Geſellſchaft oder Genoſſenſchaft zuſtehen, von der Geſammtheit der Mitglieder in der Generalverſammlung ausgeübt werden.

Nur in dieſer Einſchränkung kann die Anſicht von Sicherer S. 259 und Pariſius S. 313, daß den einzelnen Genoſſenſchaftern ein eigenes Klagerecht gegen die Vorſtandsmitglieder durch den § 27 Satz 1 gewährt werde, gebilligt werden. Den Klägern aber kann hienach auch nicht auf Grund dieſer Geſetzesbeſtimmung ein eigenes Klagerecht eingeräumt werden, weil die Verluſte, deren Erſatz ſie beanſpruchen, nur eine Folge des Schadens ſind, der zunächſt die Genoſſenſchaft betroffen hat.

5. Daß die einzelnen Genoſſenſchafter wenigſtens nach Auflöſung der Genoſſenſchaft aus eigenem Rechte gegen die Beamten der Genoſſenſchaft wegen des durch deren Nachläſſigkeit der Genoſſenſchaft und damit indirekt den Genoſſenſchaftern zugefügten

17) Vergl. Renaud, 2. Aufl. S. 612 ff.

Schadens klagen könnten, läßt sich gleichfalls nicht begründen. Die Kläger argumentiren dießfalls so: Es habe während des Bestands der Genossenschaft nur eine Suspendirung ihrer Individualrechte stattgefunden; mit der Auflösung der Genossenschaft haben nun auch diese Beschränkungen aufgehört, denen ihre Rechte durch die Genossenschaft unterworfen gewesen seien; woraus die Klagberechtigung der einzelnen Genossenschafter nach Auflösung der Genossenschaft folge. Unter den Individualrechten verstehen sie nicht die sogenannten Sonderrechte, welche dem Genossenschafter eben der Genossenschaft gegenüber zustehen, sondern Klagerechte der einzelnen Genossenschafter gegen dritte Personen. Allein die in Rede stehenden Ansprüche gegen die Beamten der Gesellschaft, falls solche überhaupt begründet sind, entstanden erst nach Errichtung der Genossenschaft, und nicht als Ansprüche der Genossenschafter, sondern als Ansprüche der Genossenschaft, wie gezeigt wurde. Es kann also auch nicht davon die Rede sein, daß dießfalls Rechte der Genossenschafter während des Bestehens der Genossenschaft suspendirt gewesen seien, und daß mit der Auflösung der Genossenschaft Rechte der Genossenschafter von Beschränkungen befreit worden und wieder in Wirksamkeit getreten seien. Andererseits ist zu bemerken, daß der Grund, aus welchem die Ersatzpflicht der Beklagten abgeleitet wird, die pflichtwidrigen Handlungen bezw. Unterlassungen der Beamten, während der Zeit des Bestandes der Genossenschaft, nicht erst nach dem Aufhören derselben eingetreten ist.

6. Den Klägern steht auch nicht in Folge der Auflösung der Genossenschaft ein von derselben abgeleitetes Klagerecht zu. Die Thatsache der Auflösung beendigt nur die produktive Seite derselben, während die Genossenschaft selbst bis zur erfolgten Vertheilung ihres Vermögens nach Tilgung der Schulden erhalten bleibt.

a) In Beziehung auf die Aktien-Gesellschaft ist der analoge Satz ausgesprochen in den Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 16 S. 286; Bd. 22 S. 239, und in den Motiven zur R.K.O. S. 1555 b: „Die Auflösung wirkt auf die Regelung der bestehenden Rechts- und Schuldverhältnisse nicht ein; nur die produktive Seite der Gesellschaft findet ihr Ende. Die Selbständigkeit des Vermögens, welche der Aktien-Gesellschaft ihre rechtliche Existenz

verleiht, bleibt aufrecht bis zur vollzogenen Vertheilung des Vermögens unter die Aktionäre nach der Liquidation des Vermögens und Tilgung der Schulden. H.G.B. Art. 244. 245. 144".

Während des Liquidationszustandes existiren diejenigen Organe in ihrer Funktionirung weiter, welche während des Bestehens der Gesellschaft existirten, soweit diese Funktionirung nicht, wie dies bei dem Vorstande der Aktien-Gesellschaft, bezw. dem Komplementar, als ausschließlichem Geschäftsführer, der Fall, in Folge des Wegfalls des Mandats mit dem Wesen der Liquidation in Widerspruch steht. Dies gilt insbesondere auch in Betreff der Generalversammlung, ohne deren Fortdauer eine Rechenschaftsablegung der Liquidatoren und Dechargirung derselben nicht ausführbar wäre [18]). Auch im Falle der Auflösung durch Eröffnung des Konkurses bleibt die Gesellschaft bis zur Vertheilung ihres Vermögens erhalten. Die Liquidation außerhalb des Konkurses ist die Versilberung des Gesellschaftsvermögens zum Zwecke der Vertheilung unter die Gesellschafter und diese Vertheilung selbst, sowie die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern. Die im Konkurse liegende Zwangsliquidation bezweckt lediglich die Befriedigung der Gläubiger und wird in ihrem Umfange durch diesen Zweck begrenzt. Nach erfolgter Schlußvertheilung an die Gläubiger wird der Konkurs aufgehoben. Bleibt nach Befriedigung der Gläubiger noch Vermögen übrig, so hat das Konkursgericht mit der Vertheilung der freigewordenen Masse Nichts zu thun. Selbst während des Konkurses ist eine Fortdauer der einzelnen Gesellschaftsorgane erkennbar und erforderlich. Auch im Konkurse hat der Kridar gewisse Rechte auszuüben. Er kann insbesondere darauf dringen, daß die Verwaltung, Versilberung und Vertheilung der Konkursmasse in gesetzlicher Weise erfolgt; er kann geltend gemachte Forderungen auch im Prozeßwege bestreiten. Dieß geschieht durch den Vorstand, bezw. die besonders bestellten Liquidatoren.

Falls sodann nach Beendigung des Konkursverfahrens noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, haben die bisherigen Organe zur Aufnahme des Liquidationsgeschäftes im

18) v. Hahn l. c. S. 754.

Sinne des H.G.B. zu schreiten [19]). „Ein Bestehen der Aktien-Gesellschaft in dem die Ausscheidung eines dem Einzelaktionär gehörigen Antheils an einem Ersatzanspruch der Aktien-Gesellschaft gegen einen Beamten derselben, als zu seinem Privatvermögen gehörig, nicht gestattenden Sinne, liegt trotz des Eintritts der Gesellschaft in den Liquidationszustand so lange vor, als nicht die Liquidation beendigt oder ohne solche Liquidation nachweislich das in jenem Ersatzanspruch bestehende Aktivum mit Rücksicht auf die für die Gesellschaftsgläubiger erforderliche Deckung unter die Aktionäre vertheilungsfähig ist" [20]). Vorher kann der einzelne Aktionär auch nicht Abtretung seines Antheils an dieser Ersatzforderung beanspruchen. Auch die Gewerkschaft besteht, so lange noch unvertheiltes Vermögen vorhanden ist, in ähnlicher Weise fort [21]).

b) Ebenso muß für die Genossenschaft der Satz gelten, daß mit der Auflösung nur die produktive Seite derselben aufhört, daß dagegen die Selbständigkeit des Vermögens, welche der Genossenschaft ihre rechtliche Existenz verleiht, aufrecht bleibt bis zur vollzogenen Theilung unter die Genossenschafter nach der Liquidation des Vermögens, Tilgung der Schulden, Rückzahlung der Geschäftsantheile und Zahlung des Gewinnes des letzten Rechnungsjahres gemäß dem § 47 des Ges. vom 4. Juli 1868.

Für die Liquidation außerhalb des Konkurses ist dieß auch durch § 49 anerkannt. Es sind nach diesem § 49 bis zur Beendigung der Liquidation noch insbesondere anwendbar die von der Generalversammlung handelnden §§ 10. 31 — 33 und die §§ 28 und 29 über den Aufsichtsrath, wobei nur, was in diesen Paragraphen von den Vorstandsmitgliedern gesagt ist, auf die Liquidation übertragen werden muß. Vorausgesetzt ist der Fortbestand der Rechtspersönlichkeit der in Liquidation befindlichen Genossenschaft auch in § 63 Abs. 3, wornach, auch wenn die Klagen der Gläubiger der Genossenschaft gegen die einzelnen Genossenschafter verjährt sind, was mit Ablauf von 2 Jahren

19) R.O.H.G. Bd. 16 S. 286—289.
20) R.O.H.G. Bd. 22 S. 289.
21) R.O.H.G. Bd. 19 S. 190—195.

nach Auflösung der Genossenschaft und dem Eintrag hievon im Genossenschaftsregister der Fall ist, der Gläubiger aus dem noch ungetheilten Genossenschaftsvermögen im Wege der Klage noch seine Befriedigung suchen kann. Denn hiernach hört die Genossenschaft erst mit Beendigung der Liquidation auf. Diese aber ist nicht beendigt, so lange noch unvertheiltes Vermögen vorhanden ist. Es existiren also auch, wie aus Art. 49 hervorgeht, solange diejenigen Organe in ihrer Funktionirung weiter, welche vor der Auflösung existirten, soweit sich nicht aus den Vorschriften über die Liquidation und dem Wesen derselben ein Anderes ergibt.

Auch im Falle des Konkurses dauert die Genossenschaft mit ihrer Persönlichkeit, wenn auch die produktive Seite derselben beendigt ist, doch noch so lange fort, als noch ein unvertheiltes Aktivum vorhanden ist; und es müssen auch hier noch die bisherigen Organe, so weit sich nicht aus dem Wesen der Zwangsliquidation ein Anderes ergibt, während des Konkurses und nach Beendigung desselben, insolange funktioniren, bis Alles vertheilt ist. Es sind hier dieselben Erwägungen, wie bei der Aktien-Gesellschaft und bei der Gewerkschaft maßgebend.

Auf den Antrag von Loewe und Genossen wurde deßhalb auch in der Sitzung des norddeutschen Reichstags vom 28. Mai 1868[22]) beschlossen, in dem vom Umlageverfahren handelnden § 52 des Entwurfes[23]), der aber später durch die nunmehrigen §§ 52—62 ersetzt wurde, einzuschalten: „Bis nach Beendigung des im Vorstehenden angeordneten (Umlage-) Verfahrens kommen ungeachtet der Auflösung der Genossenschaft, wie im Falle der Liquidation (§ 49 Abs. 1) in Beziehung auf die Rechtsverhältnisse der bisherigen Genossenschafter unter einander, wie gegen Dritte, die Vorschriften des 2. und 3. Abschnittes dieses Gesetzes zur Anwendung." Auch enthielt der § 52 des Entwurfes ausdrückliche Bestimmungen über die Berufung der Generalversammlung bei Einleitung des Umlageverfahrens. Hiezu bemerkte nun freilich die Civilprozeßkommission in ihrem Berichte[24]): „Dem Vor-

22) Prot. Bd. I. S. 227.

23) Abgedr. in Parisius, Genossenschaftsges. 1876 S. 376—378.

24) Aktenstücke zu den Verh. des norddeutschen Reichstags von 1868. Bd. II. Nr. 193 S. 552.

schlage, daß bei Einleitung des Verfahrens die Generalversammlung thätig sein soll, steht entgegen, daß derselben eine wesentliche Einwirkung weder beigelegt wird, noch beigelegt werden kann, und zwar um so weniger, als von ihr angemessene Beschlüsse in dem betreffenden Stadium kaum zu erwarten sind. Zu dem Zwecke aber, um auf gütlichem Wege die Erreichung des Zieles zu versuchen, kann auch ohne gesetzliche Bestimmung eine Generalversammlung berufen werden. Die zusätzlich beschlossene Fiktion des Fortbestehens der Gesellschaft, ähnlich wie im Falle der noch schwebenden Liquidation (Antrag Loewe und Genossen) erscheint als unhaltbar, weil die Anwendbarkeit der betreffenden Vorschriften in dem Falle, wo die Genossenschaft nicht allein aufgelöst, sondern auch das Gesellschaftsvermögen realisirt und vertheilt ist, sich nur in sehr beschränktem Maße anerkennen läßt, jene Fiktion daher nur dazu geeignet ist, Zweifel hervorzurufen und irre zu führen."

Vom Reichstage wurde hierauf der mit dem oben erwähnten Zusatze angenommene § 52 des Entwurfs nach dem Antrage der Kommission wieder beseitigt, und statt dessen die nunmehrigen §§ 52—62 (über das Umlageverfahren) in das Gesetz aufgenommen, in welchen ohne eine Motivirung der Generalversammlung dem Vorstande resp. den Liquidatoren (§ 61) die Vornahme des Umlageverfahrens übertragen ist. Die Kommission ging aber nach der erwähnten Motivirung ihres Antrages lediglich davon aus, daß bei Eröffnung des Konkurses das Genossenschaftsvermögen bereits realisirt und vertheilt sei. Es wurde hiebei der Fall nicht berücksichtigt, daß noch unvertheilte Aktiven vorhanden sind und die Liquidation also noch nicht als beendigt betrachtet werden kann. Ist auch die Nothwendigkeit, bei Einleitung des Umlageverfahrens eine Generalversammlung zu berufen, verneint, so ist doch nicht verneint, daß auch während des Konkurses die Rechtspersönlichkeit der Genossenschaft mit ihren Organen, soweit deren Funktionirung nicht mit dem Wesen der Zwangsliquidation im Widerspruch steht, fortdaure. Jedenfalls hat das Gesetz keine, diese aus der Natur der Sache sich ergebende Konsequenz ausschließende Bestimmung in sich aufgenommen. Wird im Konkursverfahren die Versilberung des Ge-

nossenschaftsvermögens und dessen Vertheilung unter die Gläubiger nicht vollständig vollzogen, kommt vielmehr nach Feststellung des Schlußvertheilungsplanes noch ein Aktivum der Genossenschaft zum Vorschein, so ist, wenn die Gläubiger der Genossenschaft noch nicht vollständig befriedigt sind, das Konkursverfahren fortzusetzen, und auch dieses Aktivum zur Masse zu ziehen und nachträglich unter die Gläubiger zu vertheilen, wenn die Gläubigerschaft nicht hierauf verzichtet. Sind dagegen die Gläubiger vollständig befriedigt, so haben nunmehr die bisherigen Genossenschaftsorgane zur Wiederaufnahme des Liquidationsgeschäftes außerhalb des Konkurses zu schreiten, weil noch ein unvertheiltes Aktivum vorhanden, die Liquidation also noch nicht beendigt ist. Die Generalversammlung, deren Beschlüsse von den Liquidatoren zu befolgen sind (§ 46), kann, wenn es sich um einen Entschädigungsanspruch an die Beamten handelt, denselben Decharge ertheilen; sie kann aber auch die Durchführung eines Prozesses gegen dieselben oder die Veräußerung des Anspruches beschließen, und erst, wenn gemäß dem § 47 Alles vertheilt ist, hört die Genossenschaft auf.

7. Daß die Kläger im vorliegenden Falle, weil sie im Umlageverfahren zur Befriedigung der Gläubiger beigetragen haben, an deren Stelle getreten seien, kann nicht angenommen werden. Die Genossenschafter waren zur Zahlung dieser Beiträge der Genossenschaft gegenüber verpflichtet, deren Vorstand Namens der Genossenschaft für diese die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Beiträge einzog und mit denselben die Schulden der Genossenschaft tilgte[25]). Die Kläger behaupten auch nicht, daß sie auf Grund der subsidiären Solidarhaft der Genossenschafter gemäß dem § 12 von den Gläubigern der Genossenschaft in Anspruch genommen worden seien. Auch die Verhandlungen im norddeutschen Reichstage rechtfertigen die Annahme nicht, daß die Genossenschafter, welche im Umlageverfahren an den Vorstand der Gesellschaft ihre Beiträge bezahlt haben, an die Stelle der befriedigten Gläubiger treten. Der Abg. Dr. Bähr

25) Vergl. § 52. 58 des Gesetzes; Stobbe I. S. 409.

bemerkte, es werde als selbstverständlich zu betrachten sein, daß, wenn einzelne Genossenschafter nach der ihnen obliegenden Solidarpflicht in Gemäßheit des § 62 Genossenschaftsgläubiger bezahlt haben (also nicht: wenn sie im Umlageverfahren ihre Beiträge an den Vorstand der Genossenschaft bezahlt haben), sie in Beziehung auf die nach § 58 eintretende Verwendung der zu erhebenden Beiträge ganz an die Stelle der von ihnen befriedigten Gläubiger treten. Und hierauf erwiderte der Bevollmächtigte des Bundesrathes Dr. Pape: diese Frage findet ihre vollkommene Erledigung in den allgemeinen Grundsätzen.

Es bedarf deßhalb einer Ausführung darüber nicht, daß es sich, wie der vorige Richter dargelegt hat, nicht um ein ausgelassenes Gut handeln würde. Von selbst gingen hienach die etwaigen Ansprüche der Genossenschaft gegen die Beklagten nicht auf die einzelnen Genossenschafter über. Eine Abtretung der Klagerechte der Genossenschaft gegen die Beklagten an die Kläger hat aber nicht stattgefunden.

Ob die Kläger, falls die Genossenschaft in einer Generalversammlung die Ansprüche an die Beklagten nicht zu verfolgen beschließt, die Ueberweisung derselben zu Eigenthum verlangen können, kann man dahingestellt lassen[26]); denn jedenfalls bedürfte es eines Zessions-Aktes. Die Ansicht, daß in den Fällen, in welchen Jemand ein Recht auf Abtretung eines Anspruches hat, er diesen Anspruch auch ohne wirkliche Abtretung wie einen abgetretenen verfolgen könne, ist nach gemeinem und württemb. Recht nicht anzuerkennen[27]).

Daß der Vorstand der Genossenschaft, wenn der von ihm für das Umlageverfahren angefertigte und vom Gericht für vollstreckbar erklärte Vertheilungsplan von einzelnen Genossenschaftern im Wege der Klage nach § 56 angefochten wird, die übrigen betheiligten Genossenschafter im Prozesse zu vertreten hat, ist eine Bestimmung, die sich aus Zweckmäßigkeitsgründen erklärt, und an der rechtlichen Natur des Verhältnisses der Genossenschafter zu der Genossenschaft Nichts ändert.

26) Vergl. Loewenfeld, Recht der Aktien-G. S. 539. 540.
27) Windscheid § 330 Note 12; R.O.H.G. Bd. 22 S. 244.

8. Allerdings sind nun nach dem Vorbringen der Kläger die von ihnen geltend gemachten Ersatzansprüche theilweise schon vor der Eintragung der Gewerbebank Backnang in das Handelsregister, bevor also dieselbe die in dem Gesetze vom 4. Juli 1868 bezeichneten Rechte erworben hat, entstanden. Allein auch für diese Ansprüche gelten die vorstehenden Ausführungen. Es sind diese Ansprüche von dem früheren nach den Statuten vom Jahre 1864 und 1868 bestehenden Verein auf die nunmehr eingetragene Genossenschaft übergegangen. Denn dieß lag bei dem Beschlusse der Generalversammlung, den Bedingungen des Gesetzes vom 4. Juli 1868 sich zu unterwerfen und die Gewerbebank in das Genossenschaftsregister eintragen zu lassen, in der Intention derselben, und ist auch von den einzelnen Genossenschaftern, die sich dem Beschlusse der Generalversammlung unterworfen haben, wenigstens stillschweigend genehmigt worden [28]). Daß mit der Umwandlung eines Vereins, welcher vorher als nicht eingetragene Genossenschaft bestand, in einen Verein mit selbständiger Rechtspersönlichkeit von selbst auch ein Uebergang der Forderungen stattfindet, hat auch das Ober-Appellationsgericht zu Dresden am 9. September 1866 ausgesprochen [29]).

Erkenntniß des Oberlandesgerichts (I. Civil-Senats) vom 16. März 1881 in Sachen Armbruster und Genossen gegen Springer und Genossen.

24. Genossenschaftsgesetz. Voraussetzungen der Sukzession in den Antheil eines verstorbenen Genossenschafters.

Die Volksbank in Stuttgart nahm auf Grund des § 9 Abs. 3 ihrer Statuten, welcher besagt: „Mit Genehmigung des Aufsichtsraths kann der volljährige Sohn oder die Wittwe eines verstorbenen Mitglieds in dessen Rechte und Verbindlichkeiten der Genossenschaft gegenüber eintreten", die Wittwe eines im Jahr 1874 gestorbenen Mitglieds als Genossenschafterin auf Grund der an sich feststehenden Thatsache in Anspruch, daß die-

28) Vergl. Sicherer S. 190.
29) Sicherer S. 136.

ſelbe ſeither mit Genehmigung des Aufſichtsraths ſich als Genoſſenſchafterin gerirt, namentlich an die Bank eine Stammeinlage gemacht und die Dividenden bezogen hatte. Dieſer Anſpruch wurde aus den folgenden Gründen nicht als zutreffend angeſehen.

Das Geſetz vom 4. Juli 1868, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthſchaftsgenoſſenſchaften ſtellt in § 38 Abſ. 2 Satz 2 „Ferner erliſcht die Mitgliedſchaft durch den Tod, ſoferne der Geſellſchaftsvertrag keine entgegengeſetzten Beſtimmungen enthält", den allgemeinen Satz der Beendigung der Mitgliedſchaft durch den Tod auf; und es muß dabei, wie nach Abſ. 2 Satz 1 im Falle des Austritts, ſo auch im Falle des Ablebens eines Mitglieds, wenn im Geſellſchaftsvertrage nichts Anderes feſtgeſetzt iſt, der Schluß des Geſchäftsjahres als der Termin des Ausſcheidens (nach der Faſſung des Abſ. 1 u. 2 des § 39 und aus allgemeinen praktiſchen Erwägungen) behandelt werden, wie das R.O.H.G. Bd. 25 S. 243. 244 ausgeſprochen hat.

Welche der Regel des Erlöſchens der Mitgliedſchaft durch den Tod entgegengeſetzte Beſtimmungen nach § 38 Abſ. 2 Satz 2 getroffen werden können, iſt nicht außer Zweifel. Mandry, civilrechtl. Inhalt, (2. Aufl.) S. 176 ſpricht die Anſicht aus, es könne durch ſtatutariſche Beſtimmung mit Effekt verfügt werden, daß die Erben an der Stelle des geſtorbenen Mitgliedes Mitglieder der Genoſſenſchaft werden ſollen, ſo daß ſie derſelben bis zu etwaiger Austrittserklärung ohne eigene Beitrittserklärung angehören. In ſolchem Falle würden die Erben nicht nur mit dem von ihrem Erblaſſer ererbten Vermögen, ſondern auch mit ihrem eigenen Vermögen für die bisherigen Verbindlichkeiten, wie für die neuentſtehenden Verbindlichkeiten der Genoſſenſchaft perſönlich und ſolidariſch haften. Eine derartige Haftung kann aber nach allgemeinen Grundſätzen durch Vertrag den Erben eines Geſellſchafters nicht auferlegt werden, wie Sicherer S. 281, Pariſius S. 352 Z. 6 bemerken. Jener folgert hieraus, daß eine derartige Beſtimmung im Geſellſchaftsvertrage bei dem Widerſpruche des Erben keine Rechtswirkung habe, nicht einmal die, daß die Erben bis zum Ablaufe des Geſchäftsjahres Mitglieder der Genoſſenſchaft werden. Pariſius nimmt an, es ſei dem Geſellſchaftsvertrag durch § 38 Abſ. 2 Satz 2 des Geſetzes kaum

etwas Anderes überlassen, als die Bestimmung, es solle der Geschäftsantheil, bezw. der Nachlaß eines verstorbenen Mitgliedes noch eine gewisse Frist hindurch, in Ansehung der Rechte und Pflichten gegen die Genossenschaft genau so angesehen werden, als sei der Erblasser noch am Leben.

Es kann jedoch diese Frage dahingestellt bleiben. Eine der Regel des Erlöschens der Mitgliedschaft durch den Tod entgegengesetzte Bestimmung ist in § 9 der Statuten der Volksbank, wonach mit Genehmigung des Aufsichtsraths der volljährige Sohn oder die Wittwe eines verstorbenen Mitgliedes in dessen Rechte und Verbindlichkeiten der Genossenschaft gegenüber eintreten kann, nicht enthalten, Diese Bestimmung bezweckt nicht bloß, wie der vorige Richter annimmt, zu gestatten, daß mit Genehmigung des Verwaltungsrathes der volljährige Sohn oder die Wittwe in die in Abs. 1 des § 39 bezeichnete Verbindlichkeit, den Gläubigern der Genossenschaft für alle vor dem Ausscheiden des Erblassers begründeten Verbindlichkeiten der Genossenschaft solidarisch zu haften, und in den in Abs. 2 bezeichneten Anspruch auf den buchmäßigen Geschäftsantheil eintritt. Denn jene Haftpflicht ist nicht eine Verbindlichkeit der Genossenschaft gegenüber, sondern eine Verbindlichkeit gegen die Gläubiger derselben; während der Genossenschaft gegenüber die Verbindlichkeit des Genossenschafters besteht, im Umlageverfahren Beiträge zur Befriedigung der Gläubiger wegen ihrer Ausfälle im Konkurse der Genossenschaft zu leisten. Die in Absatz 1 erwähnte Solidarhaft geht auch von selbst auf die Erben über, und es bedarf, um in dieselbe einzutreten, weder einer Erklärung der Erben, noch der Genehmigung des Verwaltungsrathes. Eine dießfällige Erklärung der Wittwe, diese Haftpflicht allein auf sich zu übernehmen, könnte, auch wenn die Genehmigung des Verwaltungsrathes der Genossenschaft hinzukäme, die übrigen Erben von ihrer Haftpflicht gegen die Gläubiger nicht befreien. Zum Uebergang des Anspruchs auf den buchmäßigen Geschäftsantheil auf einen der Erben, insbesondere die Wittwe, bedarf es sodann nur eines Vertrages unter den Erben, wodurch einem derselben der ganze Anspruch zugewiesen wird. Der zitirte § 9 schließt sich an die von Parisius zur Erläuterung des § 38 Abs. 2 S. 2 gemachte Bemerkung

S. 353 an: „Außerdem kann bestimmt werden, daß einer oder mehrere Erben des Verstorbenen auch nachher (nach dem Schlusse des Geschäftsjahres) in Bezug auf Eintrittsgeld, Zins- und Dividendengenuß u. dergl. gewissermaßen in die Mitgliedschaft sukzediren, soferne sie zur Aufnahme in die Genossenschaft geeignet befunden werden." Hiermit wird, ohne eine Ausnahme von der Regel des Erlöschens der Mitgliedschaft durch den Tod zu statuiren, den betreffenden Erben gestattet, mit Genehmigung des Aufsichtsrathes in die Genossenschaft einzutreten, und ihnen für den Fall der Erklärung ihres Eintrittes und der Genehmigung des Verwaltungsrathes der Vortheil gewährt, daß sie, obwohl sie neu eintreten, so behandelt werden, wie ihr Erblasser, wenn dieser noch Mitglied wäre, behandelt würde. Sie haben dießfalls kein Eintrittsgeld zu bezahlen, brauchen einen Stammantheil, wenn ihr Erblasser denselben einbezahlt hatte, nicht erst zu erwerben, beziehen Zinsen fort, die ihr Erblasser bezog, und nehmen sofort Antheil an den Dividenden, wie ihr Erblasser ihn gehabt hätte, wobei vorausgesetzt wird, daß die übrigen Erben des Verstorbenen ihre Quoten an der Forderung des Letzteren an die Genossenschaft dem in dieselbe eintretenden Sohne, bezw. der Wittwe überlassen. Demnach ist keine Sukzession, sondern ein Eintritt der Erben aus eigenem Rechte in Frage und es versteht sich dieser Eintritt auf Grund der Bestimmung im Statute nicht von selbst, sondern setzt voraus, daß die Erben von der ihnen eingeräumten Befugniß, einzutreten, Gebrauch machen wollen. Erforderlich ist hiezu nach § 9 der Statuten die Erklärung des Eintrittes Seitens der Wittwe, bezw. des volljährigen Sohnes, welche nach der richtigen, vom R.O.H.G. Bd. 32 S. 228 und vom R.G. Bd. 1 Nr. 89 befolgten Auslegung des § 2 Abs. 4 des Gesetzes in schriftlicher Form erfolgen muß und nach § 7 Abs. 3 der Statuten durch Unterschrift im Grundbuche zu vollziehen war.

Eine solche vorschriftmäßige schriftliche Beitrittserklärung der beklagten Ehefrau ist nicht erfolgt, und dieselbe somit nicht Mitglied der Bank geworden.

Erk. des Oberlandesgerichts (I. Civ.-Senats) vom 21. Juli 1882 in Sachen Volksbank Stuttgart gegen Wittwe Müller.

XI. Ein negativer Kompetenzkonflikt.

Zuläſſigkeit des Rechtsweges im Falle der Geltendmachung von Entſchädigungsanſprüchen wegen des durch Korrektion eines Fluſſes veränderten Waſſerlaufs. Unzuſtändigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entſcheidung über einen gegen die Staatsgewalt gerichteten Anſpruch auf Wiederherſtellung des früheren durch eine Flußkorrektion veränderten Waſſerlaufs. Art. 10 Z. 24 d. Geſ. v. 16. Dez. 1876.

Entſcheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. Januar 1882.
Entſcheidung des Kompetenzgerichtshofes vom 15. Januar 1883.

Durch Urtheil der Civilkammer des K. Kreisgerichtshofs zu Ellwangen vom 30. Juni 1874 wurde die Klage des Müllers Joſeph K. von J., Klägers, gegen die K. Eiſenbahnbaukommiſſion zu Stuttgart, Beklagte, Schadenserſatz wegen veränderten Waſſerlaufs ꝛc. betreffend, wegen Unzuläſſigkeit des Rechtsweges in folgender Begründng abgewieſen:

„Die Zuſtändigkeit des Civilrichters iſt im vorliegenden Fall thatſächlich nicht begründet. Denn der Kläger hat auf ausdrückliches Befragen erklärt, daß der ihm zugefügte ebenſo wie der ihm drohende Schaden nicht durch direkte rechtswidrige Einwirkungen der Beklagten reſp. ihrer Beamten in die Subſtanz ſeines Eigenthums herbeigeführt worden ſei oder drohe, daß dieſer Schaden vielmehr ausſchließlich eine Folge der von der Beklagten an einem öffentlichen Fluß, der Jaxt, vorgenommenen Aenderungen des Waſſerlaufs und des Bettes ſeien. Das Recht, der Beklagten dieſe Aenderungen zu verbieten, und damit die Widerrechtlichkeit der Handlungsweiſe der Beklagten gründet er ausſchließlich auf ſein Eigenthum an der Mühle und die Lehenbriefe, aus welchen er dieſes Eigenthum herleitet.

Allein dieſe Lehenbriefe ſind nur ein Beſitztitel für die Mühle, über den Charakter des Waſſernutzungsrechts enthalten ſie kein Wort.

Nun ſteht aber feſt, daß die Benützung eines öffentlichen Waſſers, wie es die Jaxt anerkanntermaßen iſt, zum Mühlenbetrieb ꝛc. im Zweifel als Ausfluß des ſtaatlichen Hoheitsrechts

erscheine, und daß sonach die Verleihung eines solchen Rechts an einen Privatmann im Zweifel als auf Konzessionirung von Seite der Staatsgewalt beruhend somit als ein Verhältniß des öffentlichen Rechtes aufzufassen und zu behandeln sei.

Württ. Archiv II. S. 315, VI. 254, XV. S. 48. 68.

Hieran ändert der Umstand nichts, daß der Kläger die angeblich beschädigte innere Mühleneinrichtung, sowie das Mühlwehr, als sein Eigenthum bezeichnet, worin implicite gefunden werden könnte, daß der Kläger jedenfalls in dieser Beziehung ein Privatrecht, nämlich eben sein verletztes Eigenthum geltend gemacht haben wolle.

Denn es liegt schon in der Natur der Sache und ist auch in mehrfachen Entscheidungen schon ausgesprochen worden, daß derartige unmittelbar und ausschließlich zur Ausübung eines Wassernutzungsrechts dienende Vorrichtungen im Wasser nicht von dem Wasserrecht selbst getrennt werden können, und daher rechtlich auch bloß nach dem Charakter des letztern beurtheilt werden dürfen.

cf. W. Arch. I. 274, XV. S. 71 ꝛc.

Daß es sich nun im vorliegenden Fall bezüglich der Wassernutzung an der Jaxt anders verhalte, daß insbesondere in älterer Zeit unter der Verwaltung des Kapitels des Stifts Ellwangen das mit dem Eigenthum an den Mühlen verknüpfte Nutzungsrecht am öffentlichen Wasser überhaupt einen privatrechtlichen Charakter gehabt habe, oder doch an einen der Vorgänger des Klägers die Uebertragung desselben auf den Grund eines privatrechtlichen Titels erfolgt sei, hat der Kläger abgesehen von seiner Berufung auf die das Wassernutzungsrecht bereits als bestehend voraussetzenden, und eben deßhalb für diese Frage bedeutungslosen Lehenbriefe nicht zu behaupten vermocht. Es muß daher auch hier angenommen werden, daß es sich um ein dem öffentlichen Recht angehöriges Verhältniß handle. Von selbst folgt hieraus die Zuständigkeit der Administrativbehörde sowohl für die Entscheidung der Frage über das Recht der Beklagten zur Vornahme der Flußkorrektion als über die Wirkungen der vorgenommenen Aenderung, betreffen sie nun einen bereits entstandenen oder einen erst drohenden Schaden.

Die Nichtanwendbarkeit des § 95 der Verf.-Urkunde bedarf hiernach keines weiteren Nachweises."

Der Kläger beruhigte sich bei dieser civilgerichtlichen Entscheidung und trat bei der K. Kreisregierung in E., als Verwaltungsgericht erster Instanz, gegen die Eisenbahnverwaltung klagend auf, indem er in erster Linie Wiederherstellung des frühern Wasserlaufs, in zweiter Linie Entschädigung für die ihm angeblich durch die Veränderung des Wasserlaufs zugegangenen Nachtheile verlangte. Sowohl von der Kreisregierung in E. als auf erhobene Beschwerde von dem K. Verwaltungsgerichtshof wurde der Kläger mit beiden Ansprüchen und zwar übereinstimmend wegen Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte abgewiesen. Die Gründe der Entscheidung des K. Verwaltungsgerichtshofs vom 28. Januar 1882 lauten:

„1. Wenn auch die Berufungsschrift nicht die wörtliche Erklärung enthält, daß der Kläger Berufung erhebe, so muß doch diese Erklärung darin gefunden werden, daß der eingereichte Schriftsatz als „Berufungsklage, Berufungsschrift", und die Parteien als „Berufungskläger, Berufungsbeklagte", auch die dem Nachtrag vorbehaltenen Anträge als „Berufungsanträge" bezeichnet sind. Die Vorschrift des Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 ist somit gewahrt (vergl. auch die Motive zum Art. 680 der württembergischen Civilprozeßordnung und die Motive zum § 479 der Reichscivilprozeßordnung) und die Berufung in der gehörigen Weise erhoben.

2. Die Klage ist darauf gestützt, daß durch die aus Anlaß des Eisenbahnbaues vorgenommene Flußkorrektion und die damit in Verbindung stehenden Terrainveränderungen der Wasserlauf der Jagt in einer dem Mühlwerk des Klägers nachtheiligen Weise geändert worden und hiedurch der Kläger in dem ihm als Mühlebesitzer zustehenden Wasserbenützungsrecht verletzt sei. Das Klagegesuch geht dahin, daß die Beklagte ihre Verbindlichkeit, dem Kläger den ihm zugegangenen Schaden zu ersetzen, bezw. wenn möglich den früheren Zustand wieder herzustellen, anzuerkennen habe.

3. Insofern die Klage auf Anerkennung der Verbindlichkeit, den früheren Zustand wieder herzustellen, gerichtet ist, liegt keine

Streitsache vor, welche zur Verhandlung und Entscheidung vor der Kreisregierung als Verwaltungsgericht erster Instanz geeignet wäre.

Nach Art. 10 Ziff. 24 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 sind die Kreisregierungen als Verwaltungsgerichte erster Instanz für Streitigkeiten, welche die Benützung öffentlicher Gewässer betreffen, nur in dem Fall zuständig, wenn hierüber ein Streit zwischen mehreren Betheiligten besteht. Der vorliegende Streit ist aber nicht ein Streit zwischen mehreren an der Wasserbenützung Betheiligten, d. h. zwischen mehreren Nutzungsberechtigten, sondern ein Streit zwischen einem Nutzungsberechtigten und der Staatsgewalt, auf deren ausdrückliche oder stillschweigende Verleihung das Nutzungsrecht seinem Entstehungsgrund nach zurückzuführen ist.

Wenn daher der Kläger auf Grund seines Nutzungsrechts sich für berechtigt hält, gegen die betreffenden Anlagen, welche von den zuständigen Verwaltungsbehörden zum Zweck des Eisenbahnbaues, also, wie bereits feststeht, im öffentlichen Interesse angeordnet und ohne Widerspruch des Klägers längst ausgeführt wurden, wegen der dadurch herbeigeführten Aenderung des Wasserlaufs nachträglich Einsprache zu erheben und die Wiederherstellung des früheren Zustands zu verlangen, so könnte er diese Einsprache nach Art. 10 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 in keinem Fall mittelst einer bei der Kreisregierung als dem Verwaltungsgericht erster Instanz angestellten Klage erheben. Demgemäß war die auf Anerkennung der Verbindlichkeit zur Wiederherstellung des frühern Zustands gerichtete Klage, weil zum Verfahren vor der Kreisregierung als Verwaltungsgericht erster Instanz nicht geeignet, als unstatthaft zurückzuweisen.

4. Insofern die Klage auf Anerkennung der Verbindlichkeit der Beklagten zum Schadensersatz gerichtet ist, so kommt auch hier zunächst in Betracht, daß Entschädigungsansprüche dieser Art nicht zu den im Art. 10 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 den Kreisregierungen als Verwaltungsgerichten erster Instanz zugewiesenen Streitigkeiten gehören.

Allein für einen Entschädigungsanspruch der vorliegenden Art sind überhaupt nicht die Verwaltungsbehörden und nicht die

Verwaltungsgerichte, sondern die Civilgerichte zuständig. Der Kläger verlangt Entschädigung für die vermögensrechtlichen Nachtheile, welche er in Folge der durch die Maßregeln der Verwaltungsbehörden herbeigeführte Aenderung des Wasserlaufs erlitten zu haben behauptet. Nun kann zwar die Gesetzmäßigkeit der von den zuständigen Verwaltungsbehörden im öffentlichen Interesse angeordneten Anlagen, durch welche der Lauf des Flusses geändert und damit in das Nutzungsrecht des Klägers eingegriffen worden sein soll, vor dem Civilrichter nicht angefochten werden. Dagegen ist die Frage, ob und in welchem Umfang durch den angeblichen Eingriff in die Rechte des Klägers eine Entschädigungspflicht des Staats begründet wurde, eine privatrechtliche Frage, welche der Beurtheilung des Civilrichters anheimfällt. Die Verpflichtung des Staats zur Entschädigung ist zwar, wenn sie hier überhaupt besteht, die Wirkung eines im öffentlichen Recht begründeten Aktes der Staatsgewalt, aber sie ist eine privatrechtliche Wirkung dieses Aktes, somit ihrer rechtlichen Natur nach als eine privatrechtliche Verpflichtung aufzufassen.

Wie im Falle der Expropriation durch den § 30 der Verfassungsurkunde die Entschädigungsfrage, und zwar nach der richtigen Ansicht ihrem ganzen Umfang nach, somit auch der Streit über die Entschädigungspflicht *an sich* an den Civilrichter verwiesen ist (vgl. Württ. Gerichtsbl. Bd. 13 S. 273f., Württ. Arch. Bd. 15 S. 35) und wie auch in andern verwandten Fällen, wo für Eingriffe in die Vermögensrechte durch die öffentliche Gewalt eine Entschädigungspflicht gesetzlich besteht, die Zuständigkeit des Civilrichters für den Streit über die Entschädigung gesetzlich anerkannt ist (vergl. Art. 2 Ziff. 5 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876, Württ. Arch. Bd. 15 S. 31 ff., Württ. Gerichtsbl. Bd. 11 S. 140 Bd. 13 S. 274), so ist, dieser gesetzlichen Auffassung entsprechend, auch in einem Fall der vorliegenden Art, wo es sich gleichfalls um Entschädigung für einen angeblichen Eingriff der öffentlichen Gewalt in ein Vermögensrecht handelt, der Entschädigungsanspruch als ein privatrechtlicher Anspruch anzusehen, über welchen der Civilrichter ausschließlich zu entscheiden hat.

Dieser Auffassung steht nicht entgegen, daß das Wasserbenützungsrecht des Klägers, in welches durch die betreffenden Maß-

regeln der Verwaltungsbehörden eingegriffen worden sein soll, ein auf einem Grund des öffentlichen Rechts, auf staatlicher Verleihung beruhendes und deßhalb schon an sich der Regelung durch die Verwaltung unterworfenes Recht ist. Diese besondere Beschaffenheit des hier in Frage stehenden Vermögensrechts mag für die materielle Entscheidung, ob und in welchem Umfang dem Kläger ein Recht auf Entschädigung zusteht, von Erheblichkeit sein. Die Zuständigkeit des Civilrichters für den Entschädigungsstreit wird aber dadurch nicht ausgeschlossen, weil es sich auch hier um eine Entschädigung für vermögensrechtliche Nachtheile, für eine durch angeblichen Eingriff der öffentlichen Gewalt erlittene Einbuße am Privatvermögen des Klägers handelt (vergl. Sarwey, das öffentliche Recht S. 380 und Württ. Archiv Bd. 15 S. 38). Wenn der Civilrichter bei der materiellen Beurtheilung des Entschädigungsanspruchs auch in die Lage kommt, das dem öffentlichen Recht angehörige Vermögensrecht (das Wassernutzungsrecht) des Klägers, in welches durch die Verwaltung eingegriffen worden sein soll, nach seinem Inhalt und Umfang, so weit dies für die Frage von der Entschädigung erheblich ist, zu prüfen, so ist dies keine Anomalie, da der Civilrichter auch sonst bei der Entscheidung eines seinem Gegenstand nach vor den Civilrichter gehörigen Streits in die Lage kommt, öffentlich rechtliche Fragen, soweit sie für die Entscheidung des Privatrechtsstreits von Erheblichkeit sind, zu beurtheilen. Die Klage war daher, insofern sie auf Anerkennung der Verbindlichkeit zum Schadensersatz gerichtet ist, wegen Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte zurückzuweisen.

5. Aus der Entscheidung in der Hauptsache folgt die Verfällung des Klägers in die Kosten beider Instanzen."

Hierauf wurde von dem Kläger nach Maßgabe des Art. 12 des Gesetzes vom 15. August 1879 der Antrag auf Entscheidung des bezüglich seiner Entschädigungsansprüche vorliegenden negativen Kompetenzkonflikts gestellt, worauf der Kompetenzgerichtshof am 15. Januar 1883 erkannte,

daß für die von dem Kläger erhobene Schadenersatzklage der Rechtsweg zulässig sei.

Diese Entscheidung wurde mit Folgendem begründet:

„Bezüglich der von dem Kläger angestellten Klage, soweit sie

auf Schadenserſatz gerichtet iſt, treffen die Vorausſetzungen des Art. 12 des Geſetzes vom 25. Auguſt 1879 betreffend die Entſcheidung von Kompetenzkonflikten zu, da weder das Urtheil der Civilkammer des vormaligen Kreisgerichtshofes zu E. vom 30. Juni 1874, noch dasjenige des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. Januar d. J., wodurch dieſe Behörden ihre Unzuſtändigkeit ausgeſprochen haben, im Wege eines Rechtsmittels zur Abänderung gelangen können. Die Unzuſtändigkeit des Civilrichters iſt von der Civilkammer des K. Kreisgerichtshofes zu E. darauf geſtützt worden, daß die Benützung der Jaxt als eines öffentlichen Waſſers zum Mühlenbetriebe des Klägers auf der Verleihung durch die Staatsgewalt beruhe, ſomit als ein Verhältniß des öffentlichen Rechtes zu behandeln ſei, weßhalb die Adminiſtrativbehörde ſowohl für die Frage über das Recht der Beklagten zur Vornahme der Flußkorrektion, als über die Wirkungen derſelben bezüglich der Mühle und ihres Betriebes, betreffen ſie nun einen bereits entſtandenen oder einen erſt drohenden Schaden, zuſtändig ſei.

Allein, wenn auch die Frage über die Berechtigung zu der in dem öffentlichen Intereſſe angeordneten Korrektion der Jaxt eine öffentlich-rechtliche, der Zuſtändigkeit der Verwaltungsbehörden unterliegende iſt, ſomit hiefür die Zuſtändigkeit des Civilrichters als ausgeſchloſſen erſcheint, ſo verhält es ſich doch anders, ſofern den Gegenſtand des Streites lediglich die Frage der Entſchädigung wegen vermeintlichen Eingriffes der Verwaltungsbehörde in das Eigenthums- oder ſonſtige Vermögensrecht des Einzelnen bildet, ſomit nur gleichwerthige Vermögensintereſſen, nämlich das Intereſſe des Vermögens des Einzelnen gegenüber dem bloßen Vermögensintereſſe des Staats oder einer öffentlichen Korporation in Frage ſtehen, bezüglich welcher Frage eine Unterordnung des Individualintereſſes gegenüber dem öffentlichen Intereſſe nicht als geboten erſcheint.

Dieſe Frage, ob und in welchem Umfang der Fiskus zur Entſchädigung wegen angeblichen im öffentlichen Intereſſe begründeten Eingriffes in das Eigenthums- oder ſonſtiges Vermögensrecht des Einzelnen verpflichtet ſei, iſt ſomit eine privatrechtliche, der Zuſtändigkeit des Civilrichters unterliegende.

W. Gerichtsblatt Bd. 13 S. 273.
W. Archiv Bd. 15 S. 35.
v. Sarwey, das öffentliche Recht und die Verwaltungs-Rechtspflege S. 373. 379. 634.

Hiernach kann der Umstand, daß die Berechtigung des Klägers, in welcher er durch die Verwaltungsbehörde beeinträchtigt zu sein behauptet, auf der Verleihung durch die Staatsgewalt beruht, und daher den Anordnungen und der Aufsicht der Verwaltungsbehörde unterworfen ist, zwar für die Frage, ob wegen diesfallsiger Verfügungen derselben, sofern sie das Vermögen des Klägers beschädigt haben, ein Anspruch auf Schadensersatz begründet ist, materiell von Bedeutung sein, und eine Verneinung derselben unter Umständen zur Folge haben, was zur Abweisung der angestellten Schadensersatzklage führen würde, es wird jedoch hiedurch die Zuständigkeit des Civilrichters zur Entscheidung über diese Schadensersatzklage nicht ausgeschlossen.

Demzufolge war, indem im Uebrigen auf die diesbezüglichen weiteren Ausführungen in den Entscheidungsgründen zu dem Urtheile des K. Verwaltungsgerichtshofes vom 28. Januar v. J. lediglich Bezug genommen wird, wie geschehen, zu erkennen.

Da hiernach die Zuständigkeit des Civilrichters als zutreffend zu erachten war, so erschien nach Maßgabe des Abs. 8 und 9 des Art. 14 des Gesetzes weder Kostenzuscheidung an den Kläger, noch Sportelansatz als begründet."

XI. Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Strafsenats des K. Oberlandesgerichts.

1. Strafrecht.

Zur Verfolgung der Uebertretungen des Art. 36 Ziff. 2 des Württembergischen Polizeistrafgesetzes vom 27. Dezember 1871, wofern solche gegen Angehörige begangen werden, ist ein Antrag nicht erforderlich; deßgleichen nicht bei idealer Konkurrenz einer solchen Uebertretung mit einer Uebertretung im Sinne des § 370 Z. 5 des Strafgesetzbuchs.

Urtheil des Strafsenats des K. Oberlandesgerichts vom 19. Dezember 1883.

Aus den Gründen:

Die Revision der Staatsanwaltschaft ist gegen denjenigen Theil des Urtheils der Strafkammer gerichtet, wodurch das Verfahren gegen die Angeklagte hinsichtlich dreier Entwendungen von Gartenfrüchten von unbedeutendem Werthe und in geringer Menge, Art. 36 Ziff. 2 des württembergischen Polizeistrafgesetzes vom 27. Dezember 1871, eingestellt worden ist.

Die Strafkammer hat festgestellt, daß die Angeklagte im Laufe des Monats Juli 1883 von dem Krautlande ihres Großvaters einmal Zwiebel im Werthe von etwa 25 Pfennig und aus dessen offenem Garten zweimal rothe Rüben je im Werthe von 25—30 Pfennig sich angeeignet, daß die Angeklagte bei Begehung dieser strafbaren Handlungen die zur Erkenntniß ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besessen hat und daß hienach der Angeklagten drei Entwendungen von unbedeutendem Werthe und in geringer Menge zur Last fallen.

Das Gericht hat aber ausgesprochen, daß rücksichtlich dieser drei Entwendungen, welche die Angeklagte an einem Verwandten im Sinne des § 52 Abs. 2 des St.G.B. begangen habe, im Anschluß an die von Oppenhoff, Kommentar, Anmerkung 2 zu § 247, verglichen mit Nr. 5 und Schlußsatz des § 370 des St.G.B. ausgesprochene Ansicht, daß sich das Erforderniß des Verfolgungsantrags des Beschädigten auch auf die nur als Uebertretungen zu bestrafenden Entwendungen (Feld-, Holz-, Eßwaaren-

Diebstahl) beziehe, wie dieß auch in dem württ. Forststrafgesetz vom 2. September 1879 in Art. 15 ausdrücklich anerkannt sei, in Betracht, daß seitens des Beschädigten ein Verfolgungsantrag nicht gestellt worden sei, in Gemäßheit des § 259 Abs. 2 der Straf-Pr.O. auf Einstellung des Verfahrens erkannt worden sei.

Diese Einstellung des Verfahrens beruht auf Verletzung einer materiellen württembergischen Rechtsnorm.

Was zunächst die Berufung auf Oppenhoff's Anmerk. 2 zu § 247 des St.G.B. anbelangt, so ist es zweifelhaft, ob Oppenhoff seine Behauptung, daß sich das Erforderniß des Strafantrags auch auf die nur als Uebertretungen zu bestrafenden Entwendungen beziehe, nicht auf die beigefügte Bemerkung stützt, daß das Preußische Feld- und Forstpolizeigesetz die Anwendbarkeit des Schlußsatzes des § 370 des St.G.B. ausdrücklich ausspreche, welche Bestimmung für das, was in Württemberg Rechtens ist, selbstverständlich werthlos wäre.

Anbelangend nun den Art. 36 des württembergischen Polizeistrafgesetzes, so hat zwar der Gesetzgeber in Art. 1 auf das ihm nach § 2 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum deutschen Strafgesetzbuch unzweifelhaft zustehende Recht, rücksichtlich strafbarer Verletzungen der Feldpolizeigesetze besondere, von den einleitenden Bestimmungen sowie von den Bestimmungen des ersten Theils des St.G.B. abweichende Vorschriften zu geben, verzichtet; aber daraus folgt entfernt nicht, daß er auch an Bestimmungen, welch im besonderen Theil des St.G.B. für Delikte gegeben sind, die den im Polizeistrafgesetz erwähnten ähnlich oder gleich sind, sich gebunden erachtet hat.

Im Gegentheil hat das Polizeistrafgesetz die in § 36 Z. 2 erwähnten Entwendungen, obschon sie wirkliche Diebstähle sind, mit ganz anderen Strafen, als den in den §§ 242 und 248 des St.G.B. erwähnten, bedroht und da dasselbe das in § 247 Abs. 1 des St.G.B. aufgestellte Antragserforderniß bei Diebstählen an einem Angehörigen für die an Angehörigen verübten Felddiebstähle nirgends aufgenommen hat, so will es auch solche Diebstähle von Amtswegen bestraft wissen.

Ebenso verhält es sich mit dem Antragserforderniß im Falle des § 370 Ziff. 5 des St.G.B. Es mag oft vorkommen, daß

aus fremden Gärten oder Feldern Garten- oder Feldfrüchte von unbedeutendem Werthe oder in geringer Menge zum alsbaldigen Verbrauche entwendet werden; gleichwohl muß ein solcher Diebstahl von Amtswegen bestraft werden, weil das Polizeistrafgesetz das im letzten Absatz des § 370 des St.G.B. erwähnte Antragserforderniß nicht aufgestellt hat.

Es ist deßhalb auch nicht von Belang, daß die Strafkammer, obschon sie auf § 370 Z. 5 und Schlußsatz sich beruft, unterlassen hat, festzustellen, ob die Angeklagte die Nahrungsmittel zum alsbaldigen Verbrauch entwendet hat.

Wenn endlich die Strafkammer zu Begründung ihrer Ansicht auch noch den Art. 15 des württembergischen Forststrafgesetzes vom 2. September 1879 herbeizieht, so geht daraus, daß der Gesetzgeber für nöthig erachtet hat, auszusprechen, daß die Bestimmungen des § 247 des St.G.B. auch auf den Forstdiebstahl Anwendung finden, die Anschauung des Gesetzgebers hervor, daß ohne jenen Ausspruch der gegen Angehörige verübte Forstdiebstahl von Amtswegen zu bestrafen gewesen wäre, wie dieß überdieß durch die Motive (Neue Justizgesetzgebung Bd. VI. zweiter Theil S. 589 § 14 und den Kommissionsbericht zu Artikel 15, ebendas. Seite 634) bestätigt wird.

Der Art. 15 des Forststrafgesetzes kann somit nicht zu Begründung, sondern bloß zu Widerlegung der Ansicht der Strafkammer benützt werden.

Nach Vorstehendem mußte das Urtheil der Strafkammer aufgehoben werden. (K.)

2. Strafprozeß.

1. Zur Auslegung der §§ 325 u. 326 der St.P.O. über Anordnung und Vollziehung von Vermögensbeschlagnahmen, insbesondere nach eingetretener Rechtskraft des Erkenntnisses in den Fällen des § 140 Abs. 3 des St.G.B. Zulässigkeit der Beschwerde.

Von der Strafkammer des Landgerichts St. wurde wegen Vergehens des § 140 Ziff. 1 des St.G.B. gegen die Angeschuldigten B. und P. das Hauptverfahren eröffnet und nach § 140 Abs. 3 des St.G.B. und § 326 der St.P.O. das im deutschen Reich be-

findliche Vermögen des P. mit Beschlag belegt, während B. nach dem Zeugniß des Gemeinderaths Vermögen weder besaß, noch zu hoffen hatte.

Gegen beide Angeklagte wurde von der Strafkammer am 17. April 1882 eine Geldstrafe von 400 M. (eventuell dreimonatliches Gefängniß) rechtskräftig erkannt und zugleich neben der bereits verfügten allgemeinen Vermögensbeschlagnahme das Muttergut des P. nach § 325 der St.P.O. mit Beschlag belegt.

Nachdem der Vater des B. gestorben war, ergab sich, daß letzterer auf Ableben seiner Mutter ca. 300 M. zu hoffen habe, und die Staatsanwaltschaft beantragte hierauf,

1. das im deutschen Reich befindliche Vermögen des B. gemäß § 326 der St.P.O. mit Beschlag zu belegen,
2. behufs des Vollzugs der verfügten Beschlagnahme des Mutterguts des P. gemäß § 325 der St.P.O. die nach §§ 808. 810 Abs. 1 und 730 der C.P.O. erforderlichen weiteren Verfügungen zu erlassen.

Von der Strafkammer wurde dieser Antrag abgelehnt, in Erwägung,

daß die §§ 325. 326 der St.P.O., wie sich aus dem Wortlaut, insbesondere des § 325 zweifellos ergebe und durch die Bestimmung in § 495 der St.P.O. bestätigt werde, die Zulässigkeit der Beschlagnahme nur für die Zeit regle, ehe ein rechtskräftiges Erkenntniß ergangen sei,

daß hienach eine Vermögensbeschlagnahme aus § 326 (vgl. mit § 325) gegen B. nicht statthaft sei, darüber hinaus aber die Strafkammer mit Rücksicht auf § 495 St.P.O. (§ 7 Abs. 3 der Just.-Minist.-Verf. vom 21. März 1882, betreffend die Vollstreckung der Vermögensstrafen) zur Anordnung einer Vermögensbeschlagnahme nicht zuständig erscheine;

daß die gegen P. verfügte Beschlagnahme nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils nicht mehr wirksam vollzogen werden könne, sofern sie beim Wegfall der Voraussetzungen des § 325 und 326 zit. nach jetziger Sachlage einer gesetzlichen Grundlage entbehre;

daß übrigens, selbst wenn § 325. 326 anwendbar wären, die Anordnung bezw. Vollziehung von Beschlagnahmen als un-

zuläſſig erſcheinen müßte, weil die nach § 325 maßgebenden Grundſätze (§ 796 ff.) der Civ.-Pr.-Ordnung zu der Annahme nöthigen, es ſei ein Sicherheitsarreſt überall da ausgeſchloſſen, wo der ſofortigen Zwangsvollſtreckung, ſpeziell der Vollſtreckungspfändung, kein Hinderniß im Weg ſtehe, was beim Vorhandenſein eines rechtskräftigen ohne Weiteres vollſtreckbaren Urtheils im vorliegenden Fall zutreffe.

Auf die hiegegen unter Wiederholung des früheren Antrages erhobene Beſchwerde der Staatsanwaltſchaft wurde von dem Straffenate des K. Oberlandesgerichts unterm 31. Dezember 1883 beſchloſſen:

1. das im deutſchen Reich befindliche Vermögen des B. wird auf Grund der §§ 480 und 326 der St.P.O. mit Beſchlag belegt, und dieſer Beſchluß iſt durch den deutſchen Reichsanzeiger zu veröffentlichen;
2. die Beſchwerde zu 2. wird verworfen.

Aus den Gründen:

Die Zuläſſigkeit der eingelegten Beſchwerde läßt ſich ungeachtet der fakultativen Faſſung jener §§ 325 und 326 nicht bezweifeln, theils Angeſichts des § 346 Abſ. 1 der St.P.O., ſofern das Geſetz Beſchlüſſe, welche auf Grund der genannten Beſtimmungen ergehen, bezw. die Ablehnung ſolcher Beſchlüſſe einer Anfechtung nicht entzieht, theils darum, weil mit dem Rechtsmitttel der Beſchwerde auch die Angemeſſenheit einer gerichtlichen Entſcheidung angegriffen werden kann.

Die Begründung der Strafkammer iſt irrig. Anzuerkennen iſt, daß der gemäß § 480 der St.P.O. auf die in § 140 des St.G.B. vorgeſehene Beſchlagnahme anzuwendende § 325 der St.P.O. ſeinem Wortlaute nach, ſofern er von Deckung der den Angeſchuldigten möglicherweiſe treffenden höchſten Geldſtrafe redet, nur von einer vor Erlaſſung eines Strafurtheils oder doch vor Eintritt der Rechtskraft eines ſolchen zu verfügenden Beſchlagnahme handelt, und daß daſſelbe auch von dem durch ſeinen Inhalt auf den § 325 zurückweiſenden § 326 der St.P.O. gilt. Allein nicht abzuſehen wäre, weßhalb der Geſetzgeber bloß inſolange, als es möglich erſcheint, daß gegen einen Abweſenden ein auf Geldſtrafe und Koſtenzuſcheidung lautendes Urtheil

ergehe, die Sicherung von deſſen Vollſtreckung ſollte ermöglichen, dieſe Sicherung aber dann nicht ſollte zulaſſen wollen, wenn wirklich ein ſolches Urtheil gegen denſelben ergangen und rechtskräftig geworden iſt, während doch auch hiefür — der rechtlichen Vollſtreckbarkeit ungeachtet — ein Bedürfniß vorliegen kann und insbeſondere in ſolchen Fällen vorliegt, in welchen entweder es zur Zeit an einem Gegenſtand für eine Zwangsvollſtreckung überhaupt fehlt, oder alsbaldige Vornahme der Zwangsvollſtreckung nicht ausführbar iſt (etwa wegen Unkenntniß des Ortes, wo ein ſolcher Gegenſtand ſich befindet), oder als nicht angemeſſen ſich darſtellt, ſofern ſie wegen im Fall einer Zwangsveräußerung zu befürchtenden unverhältnißmäßigen Mindererlöſes dem Intereſſe der forderungsberechtigten Staatskaſſe widerſpräche oder für den Angeklagten eine empfindliche Härte enthielte. Die gewählte Faſſung läßt ſich füglich daraus erklären, daß der Geſetzgeber auf Grund der Erwägung, daß eine Beſchlagnahme um ſo eher ausführbar ſein werde, je weniger weit das Verfahren gegen den Abweſenden vorgeſchritten iſt, als den regelmäßigen Zeitpunkt dieſer Maßregel die Zeit vor ergangenem Urtheil ins Auge gefaßt und mit Rückſicht hierauf, wie er in den Worten „möglicherweiſe treffenden höchſten Geldſtrafen“ gethan, einen Maßſtab für den Umfang der zugelaſſenenen Beſchlagnahme hat beſtimmen müſſen. Hiernach erſcheint die Annahme begründet, daß der § 325 lediglich zu eng gefaßt ſei. Uebrigens ſpricht für die Auslegung, daß die §§ 325 und 326 die Verfügung von Beſchlagnahme auch nach einem rechtskräftigen Urtheil geſtatten, außerdem der Umſtand, daß dasjenige Mitglied der Juſtizkommiſſion des Reichstags, auf deſſen Antrag die Beſtimmungen der §§ 325 und 326 zurückzuführen ſind, ſelbſt auch — und zwar ohne Widerſpruch zu finden — von einer Beſchlagnahme zur Sicherung einer erkannten Geldſtrafe redet (Hahn, Materialien zur Strafprozeßordng., 2. Abth. S. 1480).

Inwiefern ſodann der die Vollſtreckung der über eine Vermögensſtrafe oder eine Buße ergangenen Entſcheidung betreffende § 495 der St.P.O. die Zuſtändigkeit der Strafkammer zur Anordnung einer nur zur Sicherung der Urtheilsvollſtreckung beſtimmten und führenden Beſchlagnahme aus-

schließen, also dem gestellten Antrag auf Beschlagnahme gemäß § 326 in Beziehung auf den Angeklagten B. entgegenstehen sollte, ist nicht verständlich, auch von der Strafkammer nicht begründet worden.

Weil somit die hinsichtlich dieses Angeklagten von dem Beschwerdeführer beantragte Verfügung rechtlich nicht zu beanstanden ist, und, sofern demselben nach einem Zeugniß seiner Ortsbehörde ein Vermögensanfall in Aussicht steht, auch angemessen erscheint, so ist die bezügliche Entscheidung aufzuheben und durch eine dem dießfalls gestellten Antrag entsprechende zu ersetzen.

Der Antrag, behufs des Vollzugs der gegen den Angeklagten P. unter dem 17. April 1882 verfügten Beschlagnahme seines Mutterguts die nach Maßgabe der Civilprozeßordnung erforderlichen weiteren Verfügungen zu erlassen, kann nicht, wie geschehen, aus dem Grunde abgelehnt werden, weil nach eingetretener Rechtskraft diese Beschlagnahme in Folge Wegfalls der Voraussetzungen der §§ 325 und 326 der St.P.O. einer gesetzlichen Grundlage entbehre; denn eine Aufhebung der verfügten Beschlagnahme, welche im Fall des Wegfallens ihres Grundes erforderlich wäre, hat nicht stattgefunden, und dieß mit Recht, weil dem Ausgeführten zufolge durch den Eintritt der Rechtskraft der Grund derselben nicht weggefallen ist. — Die Ablehnung des Antrags kann auch nicht durch die Behauptung gerechtfertigt werden, daß die nach § 325 der St.P.O. maßgebenden Grundsätze der Civilprozeßordnung der Verhängung eines Sicherungsarrestes wegen der vorhandenen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Urtheils entgegenstehen; denn, selbst angenommen, es wäre dieß ein Grundsatz der Civilprozeßordnung, so fände er doch auf den vorliegenden Fall darum keine Anwendung, weil nach § 325 der St.P.O. auf die daselbst vorgesehene Beschlagnahme nur die Bestimmungen der Civilprozeßordnung über die Vollziehung und die Wirkungen des dinglichen Arrests entsprechende Anwendung finden. — Gleichwohl ist die bezügliche Beschwerde der Staatsanwaltschaft als unbegründet zu erachten, und zwar deßhalb, weil es sich hinsichtlich des Angeklagten P. nur um die Vollziehung einer längst vom Gericht verfügten Beschlagnahme handelt, zur Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen

aber nach § 36 der St.P.O. von der Staatsanwaltschaft das Erforderliche zu veranlassen ist, und im Hinblick auf die oben bemerkten engen Grenzen der Anwendbarkeit der civilprozessualischen Normen über Zwangsvollstreckung auf die Beschlagnahmen im Verfahren gegen Abwesende aus den Bestimmungen der Civilproßordnung über die Zuständigkeit für die Anordnung eines Arrests, bezw. für die Pfändung einer Forderung die Zuständigkeit des Strafgerichts zur Erlassung der von der Staatsanwaltschaft bei der Strafkammer beantragten Verfügungen nicht hergeleitet werden kann.

Hiernach ist der eingelegten Beschwerde in ihrem ersten Theile stattzugeben; im zweiten ist sie zu verwerfen.

(K.)

2. Zur Auslegung des § 183 der St.P.O. bezüglich der Befugniß des Untersuchungsrichters, die Amtsrichter um die Vornahme von Untersuchungshandlungen zu ersuchen.

In einer Voruntersuchung wegen Körperverletzung ersuchte der Untersuchungsrichter den Amtsrichter, den Verletzten, die Zeugen und den Angeschuldigten sachgemäß zu vernehmen und hierauf den Angeschuldigten vom Schluß der Voruntersuchung in Kenntniß zu setzen.

Der Amtsrichter vernahm den Verletzten und die Zeugen, lehnte aber die Vernehmung des Angeschuldigten ab; der Untersuchungsrichter legte die Sache dem Strafsenate des Oberlandesgerichts nach § 160 des G.V.G. zur Entscheidung vor und dieser erklärte unterm 13. Februar d. J. die Ablehnung als begründet; aus folgenden Gründen:

„Nachdem der Untersuchungsrichter, dem Antrage der K. Staatsanwaltschaft entsprechend, die Voruntersuchung zu eröffnen und zu führen beschlossen, hat er sich darauf beschränkt, ein Zeugniß des den Verletzten behandelnden Wundarztes über die Verletzung desselben, sowie ein gemeinderäthliches Vermögens- und Prädikatszeugniß nebst Vorstrafenverzeichniß über den Angeschuldigten einzufordern und das K. Amtsgericht — das Gericht, in dessen Bezirk die zu vernehmenden Personen ihren Aufenthalt

haben — zu ersuchen, den Verletzten, die als Zeugen benannten drei weiteren Personen und den Angeschuldigten sachgemäß zu vernehmen und hierauf Letzteren vom Abschluß der Voruntersuchung in Kenntniß zu setzen. Der Amtsrichter hat das gestellte Ersuchen, insoweit es auf Vernehmung des Angeschuldigten gerichtet ist, abgelehnt, weil es nicht ein Ersuchen um Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen sei, sondern die nach § 183 der St.P.O. dem Untersuchungsrichter nicht zustehende Uebertragung der Führung der Voruntersuchung enthalte und in der oben bezeichneten Richtung eine Handlung betreffe, welche gar nicht in den Bereich der Rechtshülfe falle. Nun irrt zwar der Amtsrichter, wenn er annimmt, die fragliche Untersuchungshandlung falle nicht in das Gebiet der Rechtshülfe, während sie doch als Untersuchungshandlung nach Vorschrift der Strafprozeßordnung eine richterliche Handlung sein muß; allein richtig ist die Anschauung desselben, daß ihm der Untersuchungsrichter durch sein Ersuchen die Führung der Voruntersuchung übertragen habe, denn, wenn dieser gleich — dem Angeführten zufolge — mehrfach als Untersuchungsrichter thätig geworden ist, er auch, wie unterstellt wird, die Prüfung, ob durch die vorgenommenen Vernehmungen der Zweck der Voruntersuchung für erreicht zu erachten sei, und je nach dem Ergebniß dieser Prüfung die entsprechende weitere Verfügung sich vorbehalten hat, so hat er doch durch den seinem Ersuchen gegebenen Umfang unzweideutig kundgethan, daß er die gesammte durch Vernehmung der Zeugen und des Angeschuldigten zu bewirkende Aufklärung des Sachverhältnisses und zugleich die Sammlung der Beweise — was eben Inhalt und Ziel der Voruntersuchung ausmacht — in die Hand des ersuchten Richters lege, wie er denn auch seinerseits jeder solcher zur Führung der Voruntersuchung wesentlich gehöriger Thätigkeit sich enthielt. Er hat somit nicht die Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen, sondern die Führung der Voruntersuchung einem Amtsrichter angesonnen, welcher sich solcher Aufgabe nur dann unterziehen durfte, wenn sie ihm, was nicht geschehen, durch Beschluß der Strafkammer des Landgerichts auf Antrag der Staatsanwaltschaft übertragen wäre. Hiernach hatte

der Amtsrichter gemäß § 159 des G.V.G. das gestellte Ersuchen abzulehnen."

(K.)

3. In dem Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle kann die Verwaltungsbehörde, welche sich der Verfolgung angeschlossen hat, Revisionsanträge nur mittels einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift anbringen (St.P.O. §§ 467, 437 Abs. 1, 430 Abs. 1 u. 2).

In einer Untersuchungssache wegen Malzsteuergefährdung, in welcher der Beschuldigte gegen den Strafbescheid des K. Steuerkollegiums auf gerichtliche Entscheidung angetragen und das letztere sich der Verfolgung angeschlossen und einen Beamten seines Verwaltungszweigs als seinen Vertreter bestellt hatte, legte das Steuerkollegium gegen das Urtheil der Strafkammer rechtzeitig Revision ein und übergab innerhalb der Frist des § 469 der St.P.O. der Strafkammer eine von dessen Vorstand unterzeichnete Note, in welcher nach § 384 der St.P.O. die Revisionsanträge gestellt und begründet sind

Durch Beschluß des Strafsenats des K. Oberlandesgerichts vom 11. Februar 1884 wurde die Revision in Gemäßheit des § 389 Abs. 1 der St.P.O. als unzulässig verworfen; aus folgenden Gründen:

„Nach § 467 der St.P.O. kommen, wenn der Beschuldigte gegen einen Strafbescheid auf gerichtliche Untersuchung angetragen und die Veewaltungsbehörde sich der Verfolgung angeschlossen hat, die für den Anschluß des Verletzten als Nebenkläger gegebenen Bestimmungen zur Anwendung und nach § 437 Abs. 1 hat der Nebenkläger nach erfolgtem Anschlusse die Rechte des Privatklägers; letzterem stehen zwar nach § 430 Abs. 1 diejenigen Rechtsmittel zu, welche auf erhobene öffentliche Klage der Staatsanwaltschaft zustehen, es ist aber in Abs. 2 bestimmt, daß der Privatkläger Revisionsanträge nur mittels einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift anbringen kann.

An diese letztere, die Rechte des Privatklägers gegenüber

von den Rechten der Staatsanwaltschaft in Beziehung auf das Rechtsmittel der Revision einschränkende Bestimmung muß auch die Verwaltungsbehörde, welche sich der Verfolgung angeschlossen hat, für gebunden erachtet werden, wenn für sie nicht eine Ausnahme im Gesetze gemacht ist.

Eine solche Ausnahme findet sich aber im Gesetze nicht, insbesondere nicht in dem das Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle regelnden dritten Abschnitt des sechsten Buchs der St.P.O., wo die Ausnahmen von dem ordentlichen Verfahren einzeln aufgeführt — §§ 462. 464 u. 468 — und insbesondere in § 469 Ausnahmebestimmungen bezüglich der Fristen zu Einlegung von Rechtsmitteln und zu Anbringung von Revisionsanträgen und Gegenerklärungen getroffen sind, somit der Gesetzgeber veranlaßt gewesen wäre, auch bezüglich der Vorschrift des § 430 Abs. 2 eine Ausnahme anzuordnen, wenn er solche beabsichtigt hätte.

Ebendeßhalb ist man nicht berechtigt, mit Löwe, Kommentar zur St.P.O. 3. Aufl. N. 1 und 3 zu § 466 und Keller, Kommentar 2. Aufl. S. 596 zu § 466 (siehe dagegen Voitus, Komm. S. 459 zu § 466; Puchelt, Kommentar N. 7 zu §§ 464—466) für die Verwaltungsbehörden die Bestimmung des § 430 Abs. 2 wegen ihrer Eigenschaft als öffentliche Behörden als unanwendbar zu erklären, abgesehen davon, daß in dem vorliegenden Falle nicht eine von der Verwaltungsbehörde erhobene Anklage, welche § 466 im Auge hat, sondern bloß ein Anschluß der Verwaltungsbehörde an die Verfolgung vorliegt.

Wollte man endlich geltend machen, daß die Bestimmung des § 430 Abs. 2 in dem Bestreben des Gesetzgebers ihren Grund habe, den bestehenden Vorschriften nicht entsprechende Revisionsanträge zu verhüten, und daß dieser Grund bei Revisionsanträgen der Verwaltungsbehörden nicht zutreffe, so ist zu beachten, daß dem Richter nicht gestattet ist, eine gesetzliche Bestimmung in solchen Fällen für unanwendbar zu erklären, bei welchen der Grund, aus welchem sie gegeben ist, nicht zutrifft, wie ja auch derjenige Privatkläger oder Angeklagte, welcher ein Rechtsverständiger, aber kein Rechtsanwalt ist, Revisionsanträge unzweifel-

Digitized by Google

haft nicht in einer bloß von ihm unterzeichneten Schrift anbringen darf.

Hiezu kommt noch, daß nicht für alle Verwaltungsbehörden der vorhin erwähnte Grund wegfallen dürfte, namentlich auch in Württemberg, wo nach Art. 11 Abs. 2 des Gesetzes vom 25. August 1879 Strafbescheide nicht bloß von den Direktivbehörden, sondern auch von den Hauptämtern erlassen werden; und daß es unstatthaft erscheinen müßte, die Frage, ob § 430 Abs. 2 anwendbar sei, für die Hauptämter zu bejahen, dagegen für die Direktivbehörde zu verneinen.

Da nun die Revisionsanträge nicht in einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift angebracht worden sind, so mußte die Revision als unzulässig verworfen werden."

(K.)

XII. Ueber die Verpflichtung der Konsum-Vereine, von dem Weinverschleiß an ihre Mitglieder in Mengen unter 20 Liter die Wirthschafts-Abgabe (Umgeld) zu entrichten.

(Urtheil des Verwaltungsgerichtshofes vom 10. November 1883.)

Mitgetheilt von Herrn Reg.-Direktor a. D. **v. Müller.**

Der Spar- und Konsum-Verein, eingetragene Genossenschaft, Stuttgart, welcher Lebensmittel und Spezereien, Mineralwasser, Bier, Liqueure u. dergl. im Großen anschafft und vom Hauptlager wie von den Vereinsläden an seine Mitglieder, wie auch an Dritte abläßt oder verkauft, pflegt auch Wein im Großen anzuschaffen, welcher bis jetzt ausschließlich an Mitglieder der Genossenschaft abgegeben wurde. Die Abgabe erfolgt bei Abnahme von wenigstens 20 Liter vom Hauptlager aus, bei geringeren Bezügen aber in den Vereinsläden, und zwar bei Abnahme von 10 Liter zu einem ermäßigten Preis.

Während nun in der Zeit von 1865 bis 1882, in welcher der Verein auf gleiche Weise Wein an seine Mitglieder abge-

lassen hat, Seitens der Steuerbehörde ein Anspruch auf Bezahlung von Wirthschaftsabgaben nie erhoben worden ist, so trat hierin eine Aenderung ein in Folge Erlasses des Königlichen Finanzministeriums vom 7. Oktober 1882 und Verfügung des Königlichen Hauptsteueramts Stuttgart vom 19. Oktober 1882, welche letztere Verfügung unter Verwerfung der Beschwerde des Konsum-Vereins sowohl vom Königlichen Steuer-Kollegium als vom K. Finanz-Ministerium (durch Entscheidung vom 2. Mai 1883) aufrecht erhalten wurde.

Das Gesetz, auf welches sich diese Entscheidungen gründen, ist wesentlich das Gesetz vom 9. Juli 1827 über die Wirthschafts-Abgaben. Dasselbe bestimmt in Art. 1, daß von Wein, Obstmost, Bier, Branntwein, Liqueurs und Essig, welche durch die in Artikel 2 aufgezählten 6 Arten von Wirthschafts-Gewerben abgesetzt werden, eine Wirthschafts-Abgabe für die Staatskasse erhoben werden solle und daß die Ausübung eines solchen Gewerbes eine besondere von der Regierungsbehörde ertheilte Ermächtigung (Konzession) voraussetze (Art. 3). Artikel 16 besagt weiter wörtlich:

> „Jeder Weinhändler und Private, der aus seinem Keller Wein verkauft, ist nur befugt, Quantitäten von einem Imi und mehr abzugeben."
>
> „Wer in geringeren Quantitäten verkauft, muß die Konzession als Schenkwirth erlangt haben und die Wirthschafts-Abgaben entrichten."
>
> (Regierungsblatt S. 278.)

Artikel 44 bestimmt die Strafen für Uebertretung dieser Vorschrift.

Das Gesetz vom 12. Dezember 1871 Artikel 2 hat hieran die durch die Einführung der deutschen Maß- und Gewichtsordnung nothwendig gewordene im Uebrigen unerhebliche Aenderung getroffen, daß an Stelle der Worte „ein Imi" die Worte „zwanzig Liter" treten (Regierungsblatt Seite 334), wie denn auch die reichsgesetzlichen Vorschriften über Konzessionirung für Schenkgewerbe Nichts hier Erhebliches geändert haben.

Gegen die oben angeführte Entscheidung des Finanz-Ministeriums erhob der Vorstand des Stuttgarter Konsum-Vereins die

Rechtsbeschwerde an den K. Verwaltungsgerichtshof, welche jedoch durch Urtheil vom 10. Nov. 1883 unter Ansatz einer von dem Verein zu bezahlenden Sportel von 50 M. als unbegründet verworfen wurde. Die Gründe dieses Urtheils sind folgende:

„1. Der als eingetragene Genossenschaft im Sinne des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1868 bestehende Spar- und Konsum-Verein zu Stuttgart hat gegen die Verfügung des Königl. Finanzministerium vom 2. Mai 1883, wodurch der Wein-Umsatz des Vereins im Kleinen im Sinne des Art. 16 des Wirthschaftsabgabengesetzes vom 29. Juli 1827 (Reg.-Bl. S. 269) für umgeldpflichtig erklärt wurde, rechtzeitig durch den Vorstand des Vereins als den statutenmäßigen Vertreter desselben eine Rechtsbeschwerde bei dem Verwaltungsgerichtshof erhoben, weil er glaubt, daß die Voraussetzung obiger Gesetzesbestimmung auf den nur an Mitglieder der Genossenschaft stattfindenden Weinverschluß nicht anwendbar sei.

2. Nach Art. 16 obigen Gesetzes, bezw. nach Art. 2 des Gesetzes vom 12. Dezember 1871 (Reg.-Bl. S. 334) haben „Weinhändler-Privaten", welche Wein in geringeren Quantitäten als 20 Liter verkaufen, die Wirthschaftsabgaben, deßgleichen die nach dem Sportelgesetz vom 24. März 1881, Tarif Nr. 90 Ziff. II. 2, für solche Verkäufe bestimmten Sporteln zu entrichten, woran sich durch den nach § 33 der Reichsgewerbeordnung eingetretenen Wegfall der früher zugleich nöthig gewesenen Wirthschafts-Konzession nichts geändert hat (vergl. Verfügung des K. Ministeriums des Innern vom 4. Oktober 1879 § 8, Reg.-Bl. S. 421). Jene Gesetzesbestimmung ist nach den ständischen Verhandlungen über dieselbe nur deßhalb getroffen worden, daß hiedurch den mit Getränke-Abgaben belasteten berechtigten Wirthschaftsgewerben der nöthige Schutz gegen die Konkurrenz anderer den Weinverkauf ebenfalls im Kleinen, aber nur über die Straße, betreibenden Personen gewährt und die überhaupt für diesen Weinverschluß bestehende Konsumsteuer in ihrem vollen Umfang zum Einzug gebracht werde.

In welchem Umfange dieser Weinverschluß im einzelnen Falle stattfindet, ist nach dem Wortlaut und der Absicht des Gesetzes für die Abgabe-Pflicht an sich nicht erheblich. Auch

ein einmaliger Verkauf von Wein im Kleinen unterliegt der Abgabe und ist es keineswegs nöthig, daß ein gewerbsmäßiger Verkauf stattgefunden habe, worauf auch der Umstand hinweist, daß im Gesetz neben den Weinhändlern die Privaten besonders hervorgehoben sind.

Ebenso unerheblich ist, ob der Weinverkauf an beliebige, oder nur an einzelne auserwählte Personen erfolgt, also, wie im gegenwärtigen Fall behauptet wird, nur an Mitglieder der Genossenschaft; deßgleichen welche sonstige Beziehungen zwischen dem Weinkäufer und seinem Verkäufer bestehen [1]).

Auch der Preis, in welchem der Wein im Kleinen verkauft wird, ob dieß nach dem Selbstkostenpreis oder mit Gewinn stattfindet, kann für die Abgabepflicht im Allgemeinen nicht in Betracht kommen, indem sich die Höhe des Umgelds in Prozenten einfach nach dem Preise richtet, in welchem der Wein ausgeschenkt oder im Kleinen verkauft wird.

3. Der bei dem Spar- und Konsum-Verein in Stuttgart stattfindende Weinverschluß in Mengen unter 20 Liter mußte nun bei den vorliegenden Verhältnissen ebenfalls als ein abgabepflichtiger Kleinverkauf erklärt werden. Der Verein ist, wie man auch im Uebrigen die rechtliche Eigenschaft der eingetragenen Genossenschaften auffassen will, immerhin nach § 11 des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1868 und seiner in dem Statut vom 1. Januar 1881 bestimmten Organisation insoweit als ein selbständiges Rechtssubjekt zu betrachten, daß er für die Zwecke der Genossenschaft durch die den Verein allein vertretenden statutenmäßigen Organe sowohl mit seinen Mitgliedern als mit anderen unter seiner Firma Rechtsgeschäfte eingehen kann.

Auch stehen die vorhandenen Waaren und Weinvorräthe, wie überhaupt das Vermögen, nicht nach bestimmten Quoten im Eigenthum der einzelnen Genossenschafter, sondern nur der Ge-

---

1) Man vergl. Amtsblatt des K. Ministeriums des Innern, Jahrg. 1883 S. 370, wonach die Steuerbehörden von dem K. Finanz-Ministerium davon verständigt worden sind, daß die Offiziers-Kasinos, welche Wein, Obstmost, Branntwein oder Liqueur an Civil-Personen im Kleinen abgeben, für die an dieselben abgegebenen Quantitäten der bezeichneten Getränke den Wirthschafts-Abgaben unterliegen.

noſſenſchaft als ſolcher in ihrer die gegenwärtigen und künftigen Mitglieder umfaſſenden Geſammtheit.

Wenn daher der einzelne Genoſſenſchafter nicht Miteigenthümer jener Waarenvorräthe iſt, ſo iſt er auch nicht berechtigt, eine entſprechende reale Vertheilung der letzteren zu verlangen, wie dieß ſonſt einem Miteigenthümer zuſtehen würde.

Es folgt dieß namentlich auch aus § 39 Abſ. 2 des Reichsgeſetzes von 1868, wonach, wenn nicht der Geſellſchaftsvertrag etwas Anderes beſtimmt, was im Statut des Stuttgarter Vereins nicht enthalten iſt, austretende Genoſſenſchafter und Erben verſtorbener Genoſſenſchafter keinerlei Anſpruch an den Reſervefond und das vorhandene Vermögen erheben können, ſondern nur den Geſchäftsantheil des laufenden Jahrs nach dem Bücher-Abſchluß beziehen.

Hienach können einzelne Genoſſenſchafter die Erwerbung von Waaren der Genoſſenſchaft in der Regel nur mittelſt eines rechtsförmlich mit den Organen der Genoſſenſchaft abgeſchloſſenen Kaufgeſchäftes bewirken.

Nichts anderes beſtimmt auch der § 2 des Stuttgarter Vereinsſtatuts, wenn er als Zweck der Genoſſenſchaft bezeichnet:

„den Mitgliedern gute und unverfälſchte Waaren zum Tagespreiſe gegen ſofortige baare Bezahlung zu verſchaffen".

Das Beſtehen eines beabſichtigten Kaufgeſchäftes wird ſodann auch noch durch die Beſtimmungen in den §§ 16 und 23 des Statuts beſtätigt, wonach die Feſtſetzung der Zahl der Vereins-*Verkaufs*-Lokale und der *Verkaufspreiſe* zur Befugniß der Generalverſammlung bezw. des Vorſtands gehört.

Desgleichen ſprechen die in der Beſchwerdeſchrift geltend gemachten Urtheile des früheren preuß. Ober-Tribunals vom 16. Mai 1876 und des Straffenats des Reichsgerichts vom 24. Oktober 1881, wonach der Branntweinabſatz eines Konſumvereins an ſeine Mitglieder nicht als ein der Konzeſſion bedürfender Gewerbe-Betrieb im Sinne der Reichsgewerbe-Ordnung erklärt wurde, ſtets nur von einem Ankauf und „*Weiterverkauf*" der Konſumtibilien an die Mitglieder und erklären nirgends dieſen Umſatz als eine bloße Vertheilung der erſteren, welche in Wirklichkeit auch gar nicht vorliegt.

4. Da hiernach der bei dem Beschwerdeführer stattfindende Verschluß seiner Weinvorräthe im Kleinen gegen Bezahlung, auch wenn er nur an Mitglieder erfolgen sollte, mit Recht als ein steuerpflichtiger Kleinverkauf im Sinne des Art. 16 des Wirthschafts-Abgabengesetzes vom 29. Juli 1827 betrachtet worden ist, so mußte die erhobene Rechtsbeschwerde so wie geschehen als unbegründet verworfen werden."

XIII. Mittheilungen aus der Rechtsprechung des K. Verwaltungsgerichtshofs *).

Von Herrn Reg.-Rath Freiherrn **O. v. Wächter.**

1. Unterstützungswohnsitz unehelicher Kinder. Der Regreß suchende Armenverband kann nur die von ihm selbst unter Erfüllung einer ihm obliegenden Verbindlichkeit aufgewendeten Kosten ersetzt verlangen.

Urtheil vom 12. Januar 1881.

Ortsarmenverband Krumbach, Gr. bad. Bez.-Amts Meßkirch, Kläger, gegen Ortsarmenverband Königseggwald, O.A. Saulgau, Beklagten.

Anna Ehrle, geboren 1844 in Boll, bad. Bez.-Amts Meßkirch, hielt sich von Martini 1875 bis dahin 1877 ununterbrochen als Dienstmagd in Königseggwald, O.A. Saulgau, auf. Von da begab sie sich nach Pfullendorf (Baden), wo sie gleich-

*) Der Redaktion des Archivs ist die Fortsetzung der früheren Mittheilungen aus der Rechtsprechung des K. Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dieses Archiv Bd. 19 S. 192 ff. S. 371 ff., Bd. 20 S. 37 ff. S. 198 ff., Bd. 22 S. 1 ff. S. 165 ff.) von dem bisherigen verehrten Herrn Mitarbeiter in Aussicht gestellt. Wann diese Fortsetzung erscheinen kann, ist jedoch zur Zeit noch nicht mit Sicherheit zu bestimmen. Den Lesern des Archivs wird es daher erwünscht sein, durch vorstehende Mittheilungen von einigen wichtigeren seit dem Erscheinen der letzten regelmäßigen Serie ergangenen Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes Kenntniß zu erhalten.

falls in einen Dienst eintrat. Am 11. Februar 1879 mußte sie als krank in das dortige Spital aufgenommen werden, wo sie bis 25. März 1879 verpflegt, an diesem Tage aber als — angeblich — geheilt entlassen wurde. Von da ging sie nach ihrem Heimathorte Boll, wo sie Tags darauf, am 26. März 1879, ankam. Von der dortigen Ortsbehörde wurde die Person, welche sofort nach ihrer Ankunft als krank (lungenleidend) erfunden wurde und mittellos war, zunächst einem Bürger daselbst in Verpflegung übergeben, der sie bis 7. Mai 1879 in seinem Hause behielt. An soeben gedachtem Tage wurde sie sodann auf Anordnung des Amts-Arztes von Meßkirch in das dortige Bezirksspital gebracht, wo sie am 3. September 1879 starb. Die Ehrle war Mutter eines am 20. Juni 1870 unehelich geborenen, also damals 9 Jahre alten Sohnes Christian Ehrle. Diesen hatte sie einem gewissen D. B...r, Taglöhner in Krumbach, Bez.-Amt Meßkirch, in Verpflegung übergeben gegen ein jährliches Kostgeld von 40 fl. oder rund 68 M. Mit Bezahlung des letzteren blieb sie jedoch vom 25. Juli 1878 an im Rückstand.

Nach ihrem Tode wurde am 11. März 1880 zwischen dem Armenverbande der Gemeinde Krumbach einer- und D. B...r andererseits ein neuer Kostgelds-Vertrag abgeschlossen, nach welchem der Armenverband den Christian Ehrle dem D. B...r gegen ein jährliches vom 1. Februar 1880 an zu bezahlendes Kostgeld von 50 Mark in die Kost gab.

Die von dem Ortsarmenverband Krumbach gegen denjenigen in Königseggwald erhobene Klage verlangte „Uebernahme des Chr. Ehrle und Erstattung von 127 Mark für ihn von seinem Pflegegeber D. B...r vom 25. Juli 1878 bis jetzt aufgewendeten Kosten". Nachträglich kam eine von D. B...r unterm 30. Juli 1880 aufgestellte, von dem Bürgermeisteramt Krumbach vidimirte „Kostenberechnung" ein, worin der fragliche Verpflegungsaufwand in nachstehender Weise spezifizirt wurde:

a) Kostgeld pro 25. Juli 1878 bis dahin 1879 rund 68 M.
b) „ „ 25. Juli 1879 bis 1. Febr. 1880 „ 34 M.
c) „ „ 1. Februar bis ult. Juli 1880 „ 25 M.

Auf die Einwendung des Beklagten, daß die Anmeldung nach § 34 Abs. 1 des Reichsgesetzes über den Unterstützungs-

wohnsitz erst am 13. März 1880 erfolgt sei, reduzirte der Kläger die Forderungen sub a und b auf zusammen 25 M. 50 Pfg., nämlich für die Zeit vom 13. Sept. 1879 bis 1. Februar 1880 nach dem Maßstabe von 68 Mark pro Jahr.

Der Verwaltungsgerichtshof erkannte den Beklagten für schuldig, den Chr. Ehrle zu übernehmen und dem Kläger die ihm für dessen Verpflegung vom 1. Febr. 1880 an erwachsenen sowie bis zur Vollziehung der Uebernahme noch erwachsenden Kosten mit jährlichen 50 Mark zu ersetzen. Mit seiner Mehrforderung wurde Kläger abgewiesen. Die Prozeßkosten und die Sportel wurden verglichen.

Gründe. Unzweifelhaft hat die im Jahre 1840 zu Boll geborene, am 3. September 1879 im Bezirkskrankenhause zu Meßkirch verstorbene Anna Ehrle durch ihren, wie vom Beklagten auf Grund auch der Bestimmung in § 11 Abs. 3 des Unterstützungswohnsitzgesetzes zugestanden worden ist, zweijährigen, nämlich in der Zeit von Martini 1875 bis dahin 1877 in Königseggwald gehabten Aufenthalt den Unterstützungswohnsitz daselbst erworben und sich im Besitze desselben noch zur Zeit ihres Ablebens befunden, da ihre Abwesenheit von diesem Orte damals noch keine zwei Jahre gedauert hatte.

Es ist Letzteres auch von dem Beklagten nicht bestritten. Dagegen bezweifelt derselbe und hat daher einen gerichtlichen Ausspruch darüber verlangt, ob die rechtlichen Folgen dieses Unterstützungswohnsitzverhältnisses auch auf das uneheliche Kind dieser Person, den am 20. Juni 1870 geborenen Christian Ehrle, sich erstrecken.

Da Christian Ehrle am 1. Januar 1873, dem Tage, an welchem das Unterstützungswohnsitzgesetz für Württemberg sowie auch für Baden in Wirksamkeit getreten ist, einen selbständigen Unterstützungswohnsitz nicht besaß, sondern solchen nach § 21 dieses Gesetzes mit seiner Mutter theilte, so unterlag er von diesem Zeitpunkte an auch allen Veränderungen, welche sich in dem Aufenthalts- und dem dadurch begründeten Rechtsverhältnisse des Unterstützungswohnsitzes der letzteren in deren Person ergaben. Mit seiner Mutter erwarb er somit durch deren zweijährigen Aufenthalt in Königseggwald den Unterstützungswohnsitz

daselbst und besaß solchen noch zu der vorbezeichneten Zeit des Tods derselben; auch nachher hat er ihn der Bestimmung in § 18 Abs. 2, cfr. § 21 des Unterstützungswohnsitzgesetzes, zu Folge beibehalten und befindet sich noch jetzt im Besitze desselben.

Die oben bezeichnete von dem Beklagten aufgeworfene Frage ist daher zu seinen Ungunsten zu bejahen. Für diesen Fall hat derselbe seine Verbindlichkeit zum Ersatze derjenigen von dem Kläger als vorläufig unterstützenden Armenverband für Christian Ehrle aufgewendeten Verpflegungskosten anerkannt, deren Bezahlung der Armenrath Krumbach durch den unterm 11. März 1880 mit D. B...r daselbst, dem seitherigen Pflegegeber jenes Knaben, abgeschlossenen Vertrag übernommen hatte, nämlich des vom 1. Februar 1880 ab mit jährlichen 50 Mark zu berichtigenden Kostgelds. Bei diesem Anerkenntnisse hat es sein Bewenden; selbstverständlich erstreckt sich dasselbe in seinen rechtlichen Folgen auch auf die künftighin bis zu der Seitens des Beklagten erfolgenden Uebernahme des Knaben in seine eigene Verpflegung etwa noch erwachsenden Kosten. Ebenso kann die Verpflichtung des Beklagten zu der kaum gedachten Uebernahme hiernach der Bestimmung in § 31 des Unterstützungswohnsitzgesetzes zu Folge keinem Zweifel unterliegen. Der Kläger hat nun aber den Ersatz noch weiterer, nämlich auch solcher Verpflegungskosten verlangt, welche schon vor dem 1. Februar 1880 für Chr. Ehrle entstanden sind, anfänglich des vollen Betrages der zwischen der Anna Ehrle und dem D. B...r auf jährliche 40 fl. oder (rund) 68 Mark seiner Zeit vereinbarten Kostgeldsentschädigung, womit die Ehrle vom 25. Juli 1878 ab im Rückstande geblieben war, späterhin im Hinblicke auf die für die Anmeldung armenrechtlicher Ersatzansprüche in § 34 Abs. 1 des Unterstützungswohnsitzgesetzes vorgesehene 6monatliche Frist, da eine solche Anmeldung erst am 13. März 1880 stattgefunden haben soll, wenigstens noch der auf die zurückliegende Zeit vom 13. September 1879 an entfallenden Rate jenes Kostgelds. Diesem Verlangen ist jedoch von dem Beklagten aus dem Grunde widersprochen worden, weil es sich bei solchem lediglich um einen persönlichen Anspruch des D. B...r an die Anna Ehrle bezw. deren Nachlaß aus einem von derselben eingegangenen

Vertragsverhältnisse handle. In der That ist dem Beklagten mit dieser Einwendung Recht zu geben. Fehlt es bezüglich jener früheren Zeit an irgend welchen Anhaltspunkten für die Annahme, daß eine öffentliche Unterstützung des Chr. Ehrle schon vor Abschluß des am 11. März 1880 zwischen dem Armenrathe Krumbach und D. B . . . r zu Stande gekommenen Verpflegungs-Vertrags, durch welchen, und zwar für die Zeit vom 1. Februar 1880 ab, die Armenfürsorge für diesen hilfsbedürftigen Knaben übernommen wurde, eingetreten wäre, so ist von dem Kläger auch in letzterer Beziehung etwas Weiteres nicht geschehen, als wozu er sich durch eben jenen Vertrag verpflichtet hatte, nämlich Schadloshaltung des D. B . . . r wegen des ihm für die Zeit vom 1. Februar 1880 mit jährlichen 50 Mark zugesagten Kostgelds. Was B . . . r an Verpflegungskosten aus früherer Zeit in Folge der mit der † Anna Ehrle getroffenen Vereinbarung etwa noch gut hat, charakterisirt sich somit auch von diesem Gesichtspunkte aus als ein rein persönlicher Anspruch desselben an die etwaige Verlassenschaftsmasse bezw. die Erben der Anna Ehrle, wofür die öffentliche Armenfürsorge in Ermangelung besonderer Umstände nicht einzutreten hatte und, soviel bekannt geworden, auch nicht eingetreten ist, wegen dessen daher auch ein Kosten-Ersatz demjenigen Armenverbande nicht ohne Weiteres angesonnen werden kann, welchem in der Folge die Verbindlichkeit erwachsen ist, den hilfsbedürftigen Knaben zu unterstützen und zu übernehmen; hieran vermag ferner auch die späterhin in Gemäßheit des § 34 des Unterstützungswohnsitzgesetzes etwa erfolgte Anmeldung eines solchen Ersatzanspruchs nichts zu ändern. Da die Klage hiernach zum Theil als begründet zu erkennen, zum Theil abzuweisen war, so rechtfertigt sich hiermit auch die Entscheidung im Punkte der Prozeßkosten.

2. Gemeindesteuerpflicht von Eisenbahngebäuden. Auslegung der Art. 5 und 9 des Gesetzes über Besteuerungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden vom 23. Juli 1877.

Urtheil vom 22. Januar 1881.

Stadtgemeinde Stuttgart, Klägerin, Berufungsbeklagte, gegen die K. Eisenbahnverwaltung, Beklagte, Berufungsklägerin.

Bei der Einschätzung der nur korporationssteuerpflichtigen Gebäude Stuttgarts waren von der Schätzungskommission unter Anderem auch folgende Objekte zur Gebäudesteuer katastrirt worden:

1. das der Eisenbahnverwaltung gehörige Gebäude Friedrichsstraße Nr. 27 unter Abrechnung des Werths der zu Dienstwohnungen benützten Räumlichkeiten am Steueranschlag;
2. als Bestandtheile des Personenbahnhofs
   a) die bedeckten Einsteighallen Schloßstraße Nr. 10 b,
   b) die bedeckten Gänge in der Verlängerung derselben Schloßstraße Nr. 10 c,
   c) die bedeckten Ausgänge zwischen den Gebäuden Friedrichsstraße Nr. 23—25 und 25—27,
   d) die Hofräume neben den Einsteighallen,
   e) die Freitreppe gegen die Kronenstraße;
3. die dem Postbetrieb dienenden Gebäude Fürstenstr. Nr. 2, Schloßstraße Nr. 3, Paulinenstraße 13 und 13½, sowie die für den Postdienst in Anspruch genommenen Räume in der ehemaligen Gardekaserne Hospitalstraße Nr. 4 und 6;
4. die Telegrafengebäude Friedrichsstraße Nr. 25 und Kronenstraße Nr. 27.

Hiergegen reklamirten die betheiligten Verwaltungsbehörden. Wegen der öffentlichen Zweckbestimmung und mangelnden ökonomischen Nutzens wurde gänzliche Steuerbefreiung beansprucht für die dem Post- und Telegrafenbetrieb dienenden Lokale sowie für die in dem Gebäude Nr. 27 der Friedrichsstraße befindlichen Kanzlei- und Bibliothekzimmer der Generaldirektion der Verkehrsanstalten. Außerdem verlangte die Eisenbahndirektion für die oben Ziff. 2

lit. a—e bezeichneten Bestandtheile des Personenbahnhofs Freiheit von der Gebäudesteuer und Zuziehung der betreffenden Flächen zur Grundsteuer. Durch Erlaß der Katasterkommission an das Steuerkommissariat Stuttgart vom 23. März 1878 wurde die beanspruchte gänzliche Steuerbefreiung gewährt für die von der Generaldirektion der Verkehrsanstalten benützten Räume des Gebäudes Friedrichsstraße Nr. 27, weil die Generaldirektion als eine Abtheilung des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten (Verordnung vom 28. Juni 1875) nicht zu den für den Eisenbahnbetrieb bestellten Behörden gehöre, sowie für die Post- und Telegrafengebäude, dagegen dem Anspruch der Eisenbahndirektion auf Freilassung der erwähnten Bestandtheile des Personenbahnhofs von der Gebäudesteuer nur in Betreff der offenen Treppe gegen die Kronenstraße, welche als bloßes Mauerwerk ohne Bedachung anzusehen sei, entsprochen. Hievon wurde den betheiligten Verwaltungsbehörden und dem Gemeinderath Stuttgart — letzterem unter Hinweis auf die 21 tägige Rekursfrist — Eröffnung gemacht.

Gegen diesen vorläufigen Bescheid erhoben die Eisenbahndirektion und der Gemeinderath Stuttgart Beschwerde bei der Katasterkommission. Erstere beanstandete die Katastrirung der beiden Einsteighallen, der bedeckten Trottoirs und Ausgänge sowie der Hofräume neben den Einsteighallen des Personenbahnhofs für die Gebäudesteuer, letzterer die Steuerbefreiung der Post- und Telegrafengebäude und den Abzug am Steueranschlag des Gebäudes Friedrichsstraße Nr. 27 für die darin befindlichen Lokale der Generaldirektion der Verkehrsanstalten. Durch Entschließung der Katasterkommisssion vom 13. Juni 1878 wurden beiderlei Beschwerden abgewiesen, auch die betheiligten Behörden hievon unter Hinweisung auf die 15 tägige Rekursfrist in Kenntniß gesetzt.

Der Gemeinderath Stuttgart ergriff gegen diese Entscheidung rechtzeitig Berufung an das Ministerium des Innern, die Eisenbahndirektion wies ihrerseits das Betriebsbauamt Stuttgart an, zu erklären, daß sie eine Gebäudesteuerpflicht für die beiden Einsteighallen, für die bedeckten Trottoirs und Ausgänge und für den Hofraum bei Nr. 10 der Schloßstraße nicht anerkenne. Es wurden hierauf die Akten dem Ministerium des Innern mit Bericht der Katasterkommission vom 27. September 1878 vorgelegt, worin

unter Anderem bemerkt war, es sei zweifelhaft, ob die Protestation des Eisenbahnbetriebsbauamts als eine Rekursbeschwerde anzusehen sei, denn es werde darin nicht die höhere Entscheidung des Ministerium des Innern verlangt, sondern ausgesprochen, die Eisenbahnverwaltung lasse es darauf ankommen, von dem Gemeinderathe im Verwaltungsrechtswege belangt zu werden.

Das Ministerum des Innern ertheilte durch Erlaß an die Katasterkommission vom 23. Dezember 1878 eine Entschließung im Wesentlichen dahin: Nach den Gesetzen vom 23. Juli 1877 und 28. April 1873 sei es Obliegenheit der Katasterkommission, die Gebäude und deren gebäudesteuerpflichtige Zubehörden mit Steuerkapital zu versehen. Hierin liege weiter die Befugniß, zu entscheiden, ob ein bestimmtes Objekt nach seiner bautechnischen Beschaffenheit beziehgsw. nach seinem pertinenzlichen Zusammenhang gebäudesteuerpflichtig sei. Nachdem diese Frage durch Erkenntniß der Katasterkommission bejahend entschieden worden, die Eisenbahndirektion aber hiegegen eine Beschwerde nicht erhoben, sondern nur die Bezahlung der Steuern zu verweigern erklärt habe, sei die von der Katasterkommission verfügte Aufnahme der betreffenden Gebäulichkeiten und deren Zubehörden in das Kataster nicht angefochten und habe es daher bei derselben sein Verbleiben.

Die Beschwerde des Gemeinderaths Stuttgart wurde als im Sinne des Art. 9 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 unstatthaft unter Verweisung des Beschwerdeführers auf den Verwaltungsrechtsweg zurückgewiesen.

Den ersten Theil dieser Entschließung erläuterte das Ministerium in der Folge dahin: Es habe nicht darüber eine Entscheidung treffen wollen, ob und in welcher Richtung gegen seine Entschließung noch eine Rechtsbeschwerde zulässig sei, oder ob und in wie weit den Betheiligten die Betretung des ordentlichen Verwaltungsrechtswegs offen stehe; vielmehr habe nur ausgesprochen werden wollen, daß die Einsprache der Eisenbahndirektion, wofern sie als Berufung gegen das Erkenntniß der Katasterkommission im Sinne des Gesetzes über die Besteuerungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden vom 23. Juli 1877 aufzufassen sei, wegen Versäumung der gesetzlichen Frist zur Beschwerdeerhebung ausgeschlossen sei, und daß auch von Aufsichtswegen kein Anlaß vorliege,

die Entscheidung der Katasterkommission zu beanstanden, da die dieser Behörde vom Gesetz zugewiesene Aufgabe, die Steueranschläge festzustellen, nothwendig auch die Befugniß zur Kognition über die in steuerlicher Beziehung in Betracht kommende Beschaffenheit der zu besteuernden Gegenstände in sich schließe.

Am 7. März 1879 lief bei der Kreisregierung in Ludwigsburg eine Klage der Stadtgemeinde Stuttgart gegen die Eisenbahnverwaltung ein, worin gebeten wurde, auszusprechen, daß die Beklagte schuldig sei, anzuerkennen, daß das Gebäude Friedrichsstraße Nr. 27, abgesehen von den darin befindlichen Dienstwohnungen, sowie die zum Personenbahnhof gehörigen Räumlichkeiten gemeindesteuerpflichtig seien. Die Steuerbefreiungsansprüche der Beklagten bezüglich der Kanzlei- und Bibliothekgelasse der Generaldirektion, ist darin gesagt, seien unbegründet; denn die Generaldirektion sei eine mit der Verwaltung und Beaufsichtigung der Eisenbahnen, Posten, Telegrafen und Bodenseedampfschifffahrt betraute Behörde, und da alle diese Anstalten einen ökonomischen Nutzen abwerfen, so sei nicht einzusehen, warum die für die leitende Bebörde bestimmten Lokalitäten von der Gemeindesteuer befreit sein sollen. Dazu komme, daß gemäß Art. 8 des Gesetzes vom 18. Juni 1849, betreffend die Ausdehnung des Amts- und Gemeindeverbands auf sämmtliche Theile des Staatsgebiets, im Unterschied von der Bestimmung der Ziff. 5 des Art. 2 des Gesetzes vom 28. April 1873, betr. die Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuer, die Hauptbestimmung eines Gebäudes für die Steuerpflicht sämmtlicher Räume desselben entschieden sei und die Benützung verhältnißmäßig unbedeutender Räumlichkeiten zu anderen Zwecken einen verhältnißmäßigen Steuerabzug nicht begründe. Auch sei das Gebäude Nr. 27 der Friedrichsstraße eine altsteuerbare Realität, auf welche daher Art. 8 des Gesetzes von 1849 keine Anwendung finde. Hinsichtlich der zum Personenbahnhof gehörigen Bestandtheile wurde sich auf Art. 1 Ziff. 2 und Art. 75 des Gesetzes vom 28. April 1873 und Art. 1 des Gesetzes vom 23. Juni 1877 über Besteuerungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden in Verbindung mit Art. 16 der neuen Bauordnung vom 6. Oktober 1872 berufen.

In der Vernehmlassung der Eisenbahndirektion wurde um

Abweisung der Klage gebeten. Das Gebäude Nr. 27 der Friedrichsstraße betreffend, so seien nur die für den Eisenbahnbetrieb verwendeten Gebäude nach Art. 9 des Gesetzes vom 18. Juni 1849 zur Korporationsgebäudesteuer beizuziehen. Als Eisenbahnbetriebsstelle könne aber nur die Eisenbahndirektion, nicht auch die Generaldirektion der Verkehrsanstalten, aufgefaßt werden, welch' letztere die möglichst innige Verbindung der verschiedenen Verkehrsanstalten, auch der Posten und Telegrafenanstalten, unter sich vermittle und erhalte. Sei das fragliche Gebäude auch seiner Hauptbestimmung nach für die Eisenbahnverwaltung bestimmt, so könne deßhalb doch der Art. 8 des Gesetzes vom 18. Juni 1849 nicht hierher bezogen werden, da er für einzelne Objekte die Korporationssteuerbefreiung, nicht die Korporationssteuerverpflichtung normire. Ueberdieß sei das Gebäude erstmals 1847 zur Steuer herangezogen worden, es sei demnach im Sinne des Katastergesetzes vom 15. Juli 1821 ein neusteuerbares Objekt, und durch Art. 2 Absatz 2 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 solle nur die Steuerpflichtigkeit der schon vor dem Gesetze von 1821 beitragspflichtig gewesenen Gegenstände und derjenigen ehemals altsteuerbaren Gegenstände, die seit dem Gesetz von 1821 bezw. 1849 zu einem Zwecke verwendet werden, für welchen Amts- und Gemeindesteuerfreiheit durch das Gesetz von 1821 § 3 Abs. 1 lit. d—g nicht eingeräumt sei, erhalten bleiben.

Die Gebäudesteuerpflicht der verschiedenen Bestandtheile des Personenbahnhofs wurde bestritten, weil diese Objekte weder Gebäude noch Gebäudezubehörden seien.

Aus der klägerischen Replik ist die Bemerkung hervorzuheben, daß nach den ständischen Verhandlungen über das Gesetz vom 18. Juni 1849 die einschränkende Bestimmung des Schlußsatzes des § 3 des Gesetzes von 1821 auch gegenüber dem Art. 8 des Gesetzes vom 18. Juni 1849 Anwendung finde.

Am 21. Juli 1880 erkannte die Kreisregierung, daß sowohl die Gelasse der Kanzleien und der Bibliothek der Generaldirektion der Verkehrsanstalten als die bedeckten Gänge und die Höfe des Personenbahnhofs der Gebäudesteuer für die Gemeindeanlagen unterworfen seien. Die Entscheidungsgründe führten aus: In dem Personenbahnhof sei außer der Wohnung des Generaldirektors

auch die Kanzlei und die Bibliothek der Generaldirektion; die von letzterer benützten Lokale dienen öffentlichen Zwecken, welche ökonomischen Nutzen abwerfen; der Personenbahnhof sei aber unbestritten seiner Hauptbestimmung nach steuerpflichtig und, da die Bestimmungen des Art. 2 I. Ziffer 5 letzter Satz des Gesetzes vom 28. April 1873 bei der Gemeindebesteuerung keine Anwendung finden, sondern hier eine partielle Besteuerung ausgeschlossen sei, so könne für diejenigen Lokale, welche an sich öffentlichen Zwecken dienen, Steuerfreiheit nicht zuerkannt werden. Die bedeckten Gänge des Personenbahnhofs gehören als bauliche Einrichtungen zu diesem, unterliegen daher nach Art. 9 des Gesetzes von 1849 wie dieser selbst der Besteuerung. Die übrigen Theile des Personenbahnhofs seien nach Art. 1 Ziffer 2 des Gesetzes vom 28 April 1873 als Zubehörden der Bahnhofgebäude bezw. als Hofraithen zu besteuern.

Die rechtzeitig eingekommene Berufungsschrift machte geltend: Das Gebäude Nr. 27 der Friedrichsstraße sei kein Theil des Personenbahnhofs, sondern ein ganz selbständiges Gebäude. Partielle Kommunalsteuerbefreiungen auszuschließen, sei kein Grund vorhanden. Nach Art. 9 des Gesetzes von 1849 seien auch nur die zum Eisenbahn*betrieb* im engeren Sinne verwendeten Gebäude kommunsteuerpflichtig, nicht aber die Gebäude, welche der zentralen Verwaltungsbehörde, der Eisenbahndirektion, zum Sitze dienen, jede Gemeinde solle also nur die Gebäude besteuern dürfen, welche dem innerhalb ihrer Markung sich vollziehenden Eisenbahnbetrieb dienen, dem auf der Gemeindemarkung Stuttgart sich vollziehenden Eisenbahnbetrieb dienen aber die Gebäude der Eisenbahndirektion nicht. Die bedeckten Gänge des Personenbahnhofs seien zwar bauliche Einrichtungen, aber keine Gebäude bezw. Zubehörden zu solchen, mithin nur kommun*grundsteuerpflichtig*. Gebeten wurde um Abweisung der Klägerin.

Die Vernehmlassung der Stadtgemeinde enthielt nichts Neues.

Noch wurde die Eisenbahndirektion aufgefordert, über die Verwendung der einzelnen Räumlichkeiten des Gebäudes Friedrichsstraße Nr. 27 nähere Auskunft zu ertheilen, was auch geschah.

Der Verwaltungs-Gerichtshof sprach unter Verfällung der Beklagten in die Kosten und Sporteln des Prozesses aus

1) Soweit der Anspruch der Klägerin auf die Beiziehung der Dienstgelasse der K. Generaldirektion der Verkehrsanstalten im Gebäude Nro. 27 der Friedrichsstraße zur Gemeindesteuer gerichtet ist, wird das bezügliche Urtheil der Regierung des Neckarkreises vom 21./24. Juli v. J. bestätigt und die Beklagte für verbunden erkannt, aus jenen Räumlichkeiten Gebäudesteuer an die Gemeinde zu entrichten;

2) Soweit dagegen der klägerische Anspruch die Beiziehung der in der Klagschrift bezeichneten Bestandtheile des Personenbahnhofs, nemlich der bedeckten Gänge zunächst dem Mittelbauabschluß, der bedeckten Gänge an der östlichen und westlichen Einsteighalle, der bedeckten Ausgänge zur Friedrichsstraße, des Hofraums samt Rampe und Brunnen am Mittelbauabschluß und des Hofraums an der westlichen Hallenwand, zur Gebäudesteuer für die Gemeindeanlagen zum Gegenstand hat, wird unter Aufhebung dieses Theils des Urtheils des vorigen Richters die Klage resp. die gegnerische Berufungsklage wegen Unzuständigkeit der Verwaltungs-Gerichte zurückgewiesen.

Gründe. 1. Was zuvörderst die Beiziehung der Kanzlei- und Bibliothek-Gelasse der Generaldirektion der Verkehrsanstalten im Gebäude Nro. 27 der Friedrichsstraße, wovon übrigens die ersteren Gelasse nach den Erhebungen in gegenwärtiger Instanz nunmehr für den Dienst der Eisenbahndirektion verwendet werden, zur Gemeindesteuer betrifft, so wird von der Beklagten die Gemeindesteuerpflichtigkeit dieser Gelasse wesentlich aus dem Grunde bestritten, weil dieselben nicht dem Eisenbahnbetrieb dienen, auf sie daher die Bestimmung des Art. 9 des Gesetzes vom 18. Juni 1849 keine Anwendung finde. Da hier die Gemeindesteuerpflicht an sich den Gegenstand des Streits bildet, so ist die Zuständigkeit der Verwaltungsjustizbehörden zur Verhandlung und Entscheidung dieses Streitpunkts nach Art. 10 Ziffer 7 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 als begründet zu erachten.

In materieller Beziehung kommt Folgendes in Betracht:

Der Natur der Sache entsprechend sind unter den zum Eisenbahnbetrieb gehörigen Gebäuden im Sinne des Art. 9 des Neusteuerbarkeitsgesetzes nicht blos diejenigen Gebäude, welche für den

unmittelbaren und lokalen Betrieb verwendet werden, sondern auch die dem Gesammtbetrieb und der zentralen Leitung desselben, der Eisenbahndirektion, dienenden Gebäude zu begreifen. Die Eisenbahndirektion bildet aber nach § 6 der K. Verordnung vom 28. Juni 1875 eine Sektion der K. Generaldirektion der Verkehrsanstalten, welche nach § 4 als technisch-administrative Zentralbehörde für die Besorgung aller auf die unmittelbare Leitung und Verwaltung, sowie auf den Betrieb der Verkehrsanstalten bezüglichen Geschäfte, die nicht nach § 3 dem Ministerium vorbehalten sind, aufgestellt ist, diese Zentralbehörde hat sich daher mit der Oberleitung des Eisenbahnbetriebs wenigstens insoweit, als die in § 8 näher bezeichneten Beziehungen der Verkehrsanstalten unter sich von ihr wahrzunehmen sind, zu befassen, folglich dienen die für ihren Dienst benützten Gelasse einschließlich der Bibliothekslokale zugleich der Oberleitung des Eisenbahnbetriebs und sind dieselben somit dem oben Bemerkten gemäß nach Art. 9 des gedachten Gesetzes der Gebäudesteuer für die Gemeindeanlagen gleichfalls unterworfen.

2. Anbelangend die Besteuerung der in der Klagschrift bezeichneten Bestandtheile des Personenbahnhofs, so ist nicht die Gemeindesteuerpflichtigkeit derselben an sich, sondern lediglich deren Beiziehung zur Gebäudesteuer zwischen den Parteien bestritten, sofern dieselbe von der Klägerin beansprucht, von der Beklagten dagegen, die ihrerseits nur die Grundsteuerpflichtigkeit der Objekte anerkennt, beanstandet wird. Der vorige Richter hat, die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte voraussetzend, auch über diesen Theil des klägerischen Anspruchs materiell erkannt. Die verwaltungsrichterliche Kompetenz erscheint hier jedoch als ausgeschlossen.

Es handelt sich nemlich, wie schon oben bemerkt worden, nicht um die Gemeindesteuerpflichtigkeit der erwähnten Objekte an sich, sondern darum, ob dieselbe in das Gebäude- oder Grund-Kataster gehören, sonach um eine die Katastrirung und eben damit die Einschätzung betreffende Frage. Nach Art. 5 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 ist aber die Katasterkommission in der dort bezeichneten Zusammensetzung zur Leitung der Katastrirung der nur amts- und gemeindesteuerpflichtigen Grundstücke, Gebäude und

Gewerbe, sowie zur Erledigung von dießfälligen Beschwerden zuständig; diese Zuständigkeit begreift, wie das Ministerium des Innern nach seinem bezüglichen Erlasse an die Katasterkommission vom 23. Dezember 1878 gleichfalls angenommen hat, im Sinne des Gesetzes das Erkenntniß nicht blos über die Einschätzung der Objekte innerhalb der einzelnen Kataster, sondern auch über die Frage von der Aufnahme derselben in das eine oder andere Kataster in sich. Nach Art. 9 jenes Gesetzes geht die weitere Berufung gegen die von der Katasterkommission festgestellten Steuer-Anschläge nach Maßgabe des Artikel 57 des Gesetzes vom 28. April 1873 zur endgiltigen Entscheidung an das K. Ministerium des Innern, entsprechend den analogen Bestimmungen des letzteren Gesetzes, wornach in Betreff der staats- und korporationssteuerpflichtigen Objekte dem Finanzministerium die endgiltige Entscheidung über derartige Beschwerden zukommt. Nun hat die Katasterkommission über die Beschwerde der Eisenbahnverwaltung gegen die Einschätzung der mehrgedachten Bestandtheile des Personenbahnhofs zur Gebäudesteuer bereits durch Entschließung vom 13. Juni 1878 erkannt und, da hiegegen innerhalb der unerstrecklichen Frist von 15 Tagen die Berufung an das Ministerium des Innern von der Eisenbahnverwaltuug nicht erhoben wurde, so ist jene Entschließung der Katasterkommission als endgiltige, daher nach Art. 15 Ziff. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege im Wege der Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof nicht weiter anfechtbare Entscheidung über die Gebäudesteuerpflicht und den Steueranschlag der fraglichen Objekte anzusehen; es konnte folgeweise dieser durch die zuständige Verwaltungsbehörde endgiltig entschiedene Gegenstand auch nicht mehr im kontradiktorischen Wege des Artikel 10 des vorhin genannten Gesetzes zur Verhandlung und Entscheidung der Verwaltungsgerichte gebracht werden. Die hierauf bezügliche Klage und gegnerische Berufungsklage war somit unter Aufhebung dieses Theils des Urtheils des vorigen Richters zurückzuweisen.

3. Die Zuscheidung der Kosten und Sporteln des Streits an die Beklagte ergab sich aus der Verwerfung resp. Zurückweisung der Berufungsklage und, was den zweiten Punkt des Urtheils betrifft, aus der weiteren Erwägung, daß die Beklagte ihre durch

das Erkenntniß der zuständigen Verwaltungsbehörde endgiltig festgestellte Verbindlichkeit unstatthafter Weise bestritten hat.

3. Anspruch auf bürgerliche Nutzungen. Auslegung der Art. 48 und 49 des revidirten Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dezember 1833.

Urtheil vom 26. März 1881.

Johann Georg Rentschler von der Rehmühle, Gemeindebezirks Bergorte, O.A. Calw, Kläger, Berufungsbeklagter, gegen die Gemeinde Bergorte, Beklagte, Berufungsklägerin.

Die Gemeinde Bergorte, bestehend aus den Orten Aichelberg, Hünerberg und Meistern, wozu noch die Rehmühle und die Kälbersägmühle gehören, war früher mit Neuweiler zu einer Gesammtgemeinde vereinigt, wurde aber von derselben im Jahr 1850 abgetrennt und zu einer besonderen Gemeinde erhoben. Den Aktivbürgern dieser Gemeinde, davon einzelne Orte auf Einer Markung liegen und keine besondere Theilgemeinde bilden, stehen bürgerliche Nutzungen aus dem Gemeindewalde zu, der seine Entstehung einem von den Orten Aichelberg, Hünerberg und Meistern am 12. Mai 1846 mit der Staatsfinanzverwaltung abgeschlossenen Ablösungsvertrage verdankt.

„Den Einwohnern von Aichelberg, Hünerberg und Meistern und dem Besitzer der Rehmühle" — sagt der Eingang dieses Vertrags — „ist nach dem Forstlagerbuch von 1682 in bestimmten Waldungen des Reviers Hofstett Bau- und Brennholz nach ziemlicher Notdurft und Gutansehen eines Forstmeisters abzugeben und wurde sich hinsichtlich des Bau- und Sägeholzes zwischen dem Oberforstamt Neuenbürg und jenen Berechtigten am 3. Juli 1806 verglichen. Nachdem die Berechtigten gewünscht hatten, ihre Ansprüche gegen Abgabe von Wald aufzugeben, wurden Verhandlungen gepflogen und vorbehältlich der Genehmigung folgende Uebereinkunft abgeschlossen."

§ 1 des Vertrags setzt die Vertretung der 3 Parzellen Aichelberg, Hünerberg und Meistern durch den Verwaltungsrath derselben ohne Einmischung der Organe der Gesammtgemeinde Neuweiler fest.

Nach §§ 2 und 3 werden den Einwohnern der Parzellargemeinden gegen Verzicht auf alle Holznutzungsrechte Staatswaldungen im Gesammtgehalt von 976²/₈ Morgen 29 Ruthen als freies Eigenthum überlassen.

§ 4 bestimmt, daß die Ansprüche der Besitzer der Kälbersägmühle auf den Staatswaldungen ruhen bleiben, und fügt bei: „Betreffend die Waldnutzungsansprüche der Besitzer der Rehmühle so ist sich mit letzteren hienach besonders vertragen worden".

Nach §§ 5, 6 und 7 sollte den Lehensbesitzern für erhöhte Nutzungsrechte und den Taglöhnern zu Beseitigung ihrer Bau- und Brennholz-Ansprüche ein Areal von 385 Morgen abgesondert zufallen. Unter den Taglöhnern waren in § 6 auch aufgeführt jg. Adam und alt Adam Hack und Joh. Georg Rentschler mit je 3 Morgen.

§ 8 sagt: „die sonach der Gemeinde bleibenden 591²/₈ Morgen 29,0 Ruthen erhalten die Eigenschaft eines untheilbaren Gemeindeguts, dessen Verwaltung, insolange der Bitte der 3 Parzellargemeinden um Trennung von der Gemeinde Neuweiler nicht entsprochen ist, durch den Verwaltungsrath nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften ausgeübt wird".

Die weiteren §§ 9—21 sind ohne Interesse.

Unterzeichnet ist der Vertrag von dem Kommissär Finanzrath Warth und dem Oberförster Namens der Staatsfinanzverwaltung und den einzelnen Berechtigten, Lehenbauern und Taglöhnern, unter letzteren auch von Joh. Georg Rentschler nach Adam Hack.

An den Vertrag schließt sich unterm 11. Juli 1844 bezw. 18. März 1847 die Verhandlung und der Vertrag mit den Besitzern der Rehmühle Joh. Grg. Rentschler und Friedrich Keller an. Nach demselben machten sich diese verbindlich, auf alle und jede Holznutzungsrechte an die Staatswaldungen, insbesondere Nutz-, Säge-, Bau- und Brennholz, sowie auf Reisach zum Felderbrennen zu verzichten und der Staatsfinanzverwaltung Areal zu einem Weg abzutreten, wofür sie 38 Morgen Wald erhalten sollten. Im Uebrigen sollten die §§ 10—19 obigen Vertrags auch für diesen Vertrag gelten.

Diese Verträge wurden von der Kreisregierung und der Finanzkammer in Reutlingen genehmigt.

Am 14. Januar 1848 bat der Rehmüller Joh. Grg. Rentschler um Einsetzung in die bürgerlichen Nutzungen aus dem Gemeindewalde mit Berufung auf Art. 49 des revidirten Bürgerrechtsgesetzes und seine Eigenschaft als Angehöriger der Parzelle Bergorte sowie darauf, daß er während der Ablösungs-Verhandlungen das Haus des Adam Hack in Hünerberg gekauft und als dessen Eigenthümer an dem Vertrag von 1846 Theil genommen habe. Der Verwaltungsrath beschied ihn ablehnend, weil die Rehmühlebesitzer mit 38 Morgen Wald besonders abgefunden worden und an dem Gemeindewald keinen Theil haben. Die Beschwerde Rentschlers gegen diesen Bescheid wies das Oberamt am 29. April 1848 ab, nachdem die Finanzkammer in Reutlingen unter Berufung auf ein Schreiben des Finanzraths Warth am 31. März 1848 erklärt hatte, daß nach den Verhandlungen und den für dieselben maßgebenden Grundsätzen die Besitzer der Rehmühle für ihre Brennholzberechtigung volle Entschädigung erhalten haben und an den Ertrag der für die Gesammtgemeinde abgetretenen 591 2/8 Morgen 29 Ruth. Wald keinen Anspruch machen können. Auf weitere Beschwerde Rentschlers erkannte die Kreisregierung am 28. August 1848 abändernd, es sei derselbe Angehörige der die Bergorte umfassenden Parzelle, und zwar Aktivbürger, könne also von der Theilnahme an fraglichen Holznutzungen nicht ausgeschlossen werden. Auf nunmehrige Beschwerde des Verwaltungsraths stellte das Ministerium des Innern am 18. Dezember 1848 das oberamtliche Erkenntniß wieder her. Rentschler wendete sich jetzt an den Geheimen Rath, welcher am 25. Dezember 1850 aussprach:

Die Beschwerde sei nicht als begründet zu erkennen, da die Behauptung des Rekurrenten, daß der Brennholzbezug, für welchen er von der Finanz-Verwaltung durch den ihm abgetretenen Wald vertragsmäßig entschädigt worden, auf einem mit seinem Mühlgut verbundenen dinglichen Recht beruht habe, nicht nur nicht erwiesen sei, sondern die im Allgemeinen den Brennholzberechtigungen der bürgerlichen Einwohner der Bergorte zugekommene persönliche Eigenschaft und der Umstand, daß der zu diesen persönlich berechtigten Einwohnern gehörige Rekurrent wegen seines Mühlgutbesitzes nicht noch eine besondere zweite Brennholzgabe aus dem Staatswalde bezogen, für die Persönlichkeit des ihm abgelösten

Brennholz-Bezugsrechts beweise, wonach, da Rekurrent das Kapital dieses Bezugsrechts selbst empfangen, statt es gleich den übrigen berechtigten Einwohnern der Bergorte der Gemeinde in der an die letztere übergegangenen Waldung zu überlassen, ein Mitgenuß der Brennholz-Nutzung aus diesem Gemeindewalde ihm nicht zukommen könne.

Im Laufe des Jahrs 1866 wurden aus denselben Gründen der Beschränkung der bürgerlichen Nutzungen auf die 3 Orte Aichelberg, Hünerberg und Meistern und des Ausschlusses der Bewohner der Rehmühle auch Adam Rentschler (der Sohn Johann Georg's) und Joh. Georg Keller von der Rehmühle vom Oberamte, der Kreisregierung und dem Ministerium mit ihren Ansprüchen auf Einsetzung in dieselben zurückgewiesen; der dagegen ergriffene Rekurs wurde von dem Geheimen-Rathe wegen zwei gleichlautender Erkenntnisse nicht angenommen.

Noch ist zu bemerken, daß nach einer am 1. September 1828 durch das Oberamt Calw vorgenommenen Untersuchung des Stabs Neuweiler, zu dem die Bergorte damals gehörten, von den Parzellen Neuweiler, Hofstett und Bergorte jedes seine eigene Markung, ihr eigenes Bürgerrecht u. s. w. hat. Am Schluße einer damals zwischen den Parzellen getroffenen Uebereinkunft, wobei die Gemeinderaths- und Bürgerausschußmitglieder jeden Orts die Verwaltung der Parzelle besorgen sollten, heißt es:

> Zu den Bergorten gehört Aichelberg, Hünerberg, Meistern und Rehmühle; diese Weiler sind aber in ihren bürgerlichen Verhältnissen ganz verschmolzen und haben von jeher Eine Bürgerschaft ausgemacht, daher eine Organisation bei diesen Weilern unter sich nicht vorzunehmen ist.

Joh. Grg. Rentschler hat inzwischen die Rehmühle abgegeben und lebt im Ausding auf derselben.

Am 4. März 1880 erhob R.-A. G. in Eßlingen Namens des Joh. Grg. Rentschler bei der Kreisregierung Klage gegen die Gemeinde Bergorte mit der Bitte zu erkennen, daß Beklagte kostenfällig schuldig sei, dem Kläger die Theilnahme an der Holznutzung zu verwilligen. Eine endgiltige Präzisirung dieser Klage fand, nachdem Vernehmlassung und Replik abgegeben waren, erst am 5. Juni 1880 bei der mündlichen Verhandlung vor der Kreis-

regierung statt, und zwar dahin: Kläger beanspruche, zur Theilnahme an den bürgerlichen Nutzungen der Gemeinde Bergorte, erstmals für das Jahr 1880, zugelassen zu werden. Es werde dieser Anspruch ausdrücklich nicht auf den früheren Besitz der Rehmühle, in welcher Richtuug Kläger seiner Zeit allerdings mit Recht durch Geheimenrathsentscheidung abgewiesen worden, gestützt, sondern lediglich deßhalb erhoben, weil Kläger Bürger von Bergorte, speziell der Parzelle Hünerberg sei; der Umstand, daß Kläger seiner Zeit als Mitbesitzer der Rehmühle von der Staatsfinanzverwaltung für seine Holzberechtigungen mit Waldareal abgefunden worden und den erhaltenen Wald dem Grundbesitz der Rehmühle zugeschlagen, nicht zu dem Gemeindewald eingeworfen habe, stehe ihm, da er nicht mehr Besitzer der Rehmühle sei, nicht im Wege, vielmehr komme für ihn in Betracht, daß er bei Ablösung der Holzberechtigung als Besitzer des früher Hack'schen Anwesens in Hünerberg von der Staatsfinanzverwaltung 3 Morgen Wald erhalten und diese 3 Morgen gleich den übrigen Bürgern von Hünerberg in den gemeinschaftlichen Gerechtigkeitswald eingeworfen habe.

Beklagtischer Seits wurde um Abweisung gebeten, weil Kläger zwar Bürger von Hünerberg sei und als solcher zur Theilnahme an den bürgerlichen Nutzungen berechtigt wäre, wenn er in der Parzelle Hünerberg wohnen würde; nun wohne aber Kläger in der Parzelle Rehmühle und sei deßhalb nach den Bestimmungen des Gesetzes über die zusammengesetzten Gemeinden von der Theilnahme an den bürgerlichen Nutzungen der Gemeinde Hünerberg ausgeschlossen. Abgesehen von diesem Umstand wurde der Anspruch des Klägers nicht bestritten.

Der Kläger'sche Anwalt erwiderte, seines Wissens sei die Rehmühle keine Theilgemeinde im Sinne des Gesetzes, sondern gehöre zum Theilgemeindebezirk Hünerberg.

Die Kreisregierung beschloß, darüber Grund zu machen, ob die Rehmühle eine von der Parzelle Hünerberg getrennte Markung habe und eine eigene Theilgemeinde sei.

Am 17. Juli 1880 gab das Schultheißenamt Bergorte die ihm aufgetragene Aeußerung dahin ab: 1. Die Parzellen Aichelberg, Hünerberg, Meistern, Rehmühle und Kälbersägmühle haben keine abgesonderten Markungen ... 3. Laut Gemeinderathsprotokoll

vom 28. Juli 1873 bestehe für die 3 Orte Aichelberg, Hünerberg und Meistern Ein Ortsarmenverband; von Rehmühle und Kälbersägmühle sei in dem Protokoll nichts gesagt; ein Ortsstatut bestehe nicht.

Nach einer weiteren mündlichen Verhandlung, wobei Niemand erschien, erkannte die Kreisregierung am 23. Oktober 1880:

> Die Beklagte sei kostenfällig schuldig, den Kläger zur Theilnahme an den bürgerlichen Nutzungen der Gemeinde Bergorte für das Jahr 1880 zuzulassen.

In den Entscheidungsgründen wurde die Einwendung der res judicata (Geh.-Rathserkenntniß vom 25. Dezember 1850), welche übrigens nicht erhoben sei, als nicht zutreffend bezeichnet und sodann der Anspruch des Klägers für vollbegründet erklärt. Denn der nach Ausscheidung des Areals von 385 Morgen Wald für die Lehensbesitzer und Taglöhner verbleibende Rest von 591 2/8 M. 29 R. habe die Eigenschaft eines untheilbaren Gemeindeguts erhalten, dessen Verwaltung durch den Theilgemeinderath („Verwaltungsrath") der damaligen Theilgemeinde Bergorte habe ausgeübt werden sollen. Die Gemeinde, welche diese 591 2/8 M. 29 R. eigenthümlich erworben, könne aber keine andere sein, als die damalige Theilgemeinde, nunmehrige selbstständige Gemeinde, Bergorte, bestehend aus den Parzellen Aichelberg, Hünerberg, Meistern, Rehmühle und Kälbersägmühle. Eigenthümer der fraglichen Waldungen seien insbesondere nicht geworden, wie die beklagtische Partei behaupte, die 3 Parzellen Aichelberg, Hünerberg und Meistern als Theilgemeinden der Gemeinde Bergorte, da die vorliegenden Zeugnisse keinen Zweifel darüber lassen, daß die Gemeinde Bergorte jedenfalls seit Anfang dieses Jahrhunderts zwar aus geographisch auseinanderliegenden Ortschaften, nicht aber aus politisch getrennten Theilgemeinden bestanden habe.

> (Wird unter Bezugnahme auf die im Jahre 1828 vorgenommene Untersuchung des Stabs Neuweiler, deren Resultat auch für die spätere Auffassung maßgebend gewesen sei, näher dargelegt.)

Es fehle denn auch den zu der Gemeinde Bergorte vereinigten Parzellen jedes charakteristische Merkmal der Theilgemeinde mit

eigener juristischer Persönlichkeit. Die einzelnen Parzellen, insbesondere die Rehmühle, haben nie eine eigene Markung gehabt, sie besitzen kein eigenes Gemeindevermögen und führen keine Theilrechnungen, die Armenlast sei von jeher von der Gemeinde Bergorte getragen worden, wie diese Gemeinde auch gegenwärtig einen einheitlichen Ortsarmenverband bilde, die Bürgersteuern und Bürgerannahmegebühren seien immer in die Kasse der Bergorte zu entrichten und die Markungsfläche immer auch der Steuerdistrikt gewesen. Wenn aber hienach das Waldareal, dessen Erträgnisse als bürgerliche Nutzungen vertheilt werden, im freien Eigenthum der Gemeinde Bergorte stehe und wenn zu dem einheitlichen Bezirk dieser Gemeinde auch die Rehmühle, der Wohnort des Klägers, gehöre, so dürfe diesem der Mitgenuß jener Nutzungen nach Art. 48 und 49 des revidirten Bürgerrechtsgesetzes, wonach zur Theilnahme an den persönlichen Gemeindenutzungen alle Aktivbürger in gleichem Maße berechtigt seien, von der Gemeindeverwaltung nicht verweigert werden.

In einem Nachtrage zu der von R.A. Oesterlen in Suttgart Namens der Gemeinde Bergorte rechtzeitig beim Verwaltungsgerichtshof eingereichten Berufungsschrift wurde auf Grund des Geheimenrathserkenntnisses vom 25. Dezember 1850 die exceptio rei judicatae geltend gemacht und näher begründet.

Die Vernehmlassung des klägerischen Anwalts bestritt das Zutreffen dieser exceptio.

Im Uebrigen wurde von keiner Seite etwas Neues vorgebracht.

Der Verwaltungsgerichtshof hat unter Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils den Kläger Berufungsbeklagten mit dem von ihm erhobenen Anspruch auf Theilnahme an den bürgerlichen Holznutzungen der Gemeinde Bergorte kostenfällig abgewiesen.

Gründe. 1. Es kann dahingestellt bleiben, ob dem von dem Kläger gegen die Beklagte erhobenen Anspruch nicht die von der Beklagten vorgeschützte Einrede der rechtskräftig zu seinem Nachtheil in dem früheren Streit entschiedenen Sache entgegensteht, weil eine nähere Prüfung der Art und Weise der Entstehung der in der Gemeinde Bergorte bestehenden Holznutzungen, an welchen der Kläger Theilnahme glaubt beanspruchen zu können, außer Zweifel stellt, daß dieser Anspruch unbegründet ist.

2. Wie unter den Parteien unbestritten ist, rühren diese Holznutzungen von einer Waldabtretung her, welche die Staatsfinanzverwaltung den Orten Meistern, Hünerberg und Aichelberg für die den Bewohnern derselben zustehenden Holznutzungsrechte an die Staatswaldungen gemacht hat. Nach dem hierüber unterm 12. Mai 1846 abgeschlossenen Vertrage, der die Genehmigung der K. Finanzkammer und der Regierung des Schwarzwaldkreises unterm 22. Mai beziehungsweise 9. April 1847 erhalten hat, war der Vertrag mit und für die Einwohner der bezeichneten 3 Orte geschlossen, denen die Holzrechte in bestimmten Staatswaldungen des Reviers Hofstett zustanden, und es sollten (§ 2 des Vertrags) den Einwohnern der 3 Parzellargemeinden die abgetretenen Waldungen im Meßgehalt von 976²/₈ Morgen 29 Ruthen gegen Verzicht auf die ihnen zustehenden Holzrechte als freies Eigenthum abgetreten werden (§ 3 des Vertrags). Der § 4 des Vertrags aber, der bestimmt, daß die 3 Parzellargemeinden die Ansprüche Einzelner auf Holznutzungen aus Staatswaldungen zu vertreten haben, spricht dabei aus, daß hievon die Bauholzansprüche der Kälbersägmühle ausgenommen seien, die auf den Staatswaldungen ruhen bleiben, und bemerkt weiter: Betreffend die Waldnutzungsansprüche der Besitzer der Rehmühle so ist sich mit letzteren hienach besonders vertragen worden.

Es ist auch dem Vertrage unterm 18. März 1847 ein besonderer Vertrag zwischen den Vertretern der Staatsfinanzverwaltung und den beiden Besitzern der Rehmühle Johann Georg Rentschler und Friedrich Keller angehängt, durch welchen dieselben „auf alle und jede Holznutzungsrechte an den Staatswaldungen, insbesondere auf die Ansprüche von Nutz-, Bau-, Säg- und Brennholz und an das Reisig zum Felderbrennen" gegen die Abtretung von weiteren 38 Morgen Wald verzichtet haben.

3. Nach dieser durch den Vertrag und seine Bestimmungen dokumentirten Entstehung der Abfindung der Holznutzungsrechte ist unzweifelhaft, daß sich die Abtretung der 976²/₈ M. 29 R. Wald nur auf diejenigen Holznutzungsrechte bezog, welche den Bewohnern der Orte Meistern, Aichelberg und Hünerberg zustanden, nicht aber auf die Rehmühle, für welche eine besondere Abfindung mit besonderer Abtretung von Wald stattgefunden hat, woraus folgt,

daß auch nur den erst genannten Orten, nicht aber der Rehmühle, ein Anspruch an denjenigen Theil der abgetretenen 976²/₈ M. 29 R. Waldungen zusteht, der im Betrag von 591²/₈ M. 29 R. (§ 8 des Vertrags) als Gemeindegut für diese 3 Orte ausgeschieden worden ist, nachdem 267 Morgen den Lehenhofbesitzern für ihre größeren Nutzungen an den Staatswaldungen (§ 5 des Vertrags) und 118 Morgen den Taglöhnern für ihre Bau- und Sägholzansprüche (§ 6 des Vertrags) als Eigenthum zugetheilt worden waren, worauf nach Abzug dieser 385 Morgen eben jene zum Gemeindegut bestimmten 591²/₈ M. 29 R. übrig blieben. Allerdings sind dem Kläger nach § 6 des Vertrags als Käufer des Hauses des Alt Adam Hack in Hünerberg von jenen 118 Morgen auch 3 Morgen zugetheilt worden, allein abgesehen davon, daß er dieselben nicht als Bewohner der Rehmühle, sondern als Käufer des angeführten Hauses erhalten hat, wurden diese 3 Morgen, wie sich aus §§ 7 und 8 des Vertrags klar ergibt, nicht zu dem Gemeindewald geschlagen, weshalb diese Thatsache an dem Rechtsverhältniß zu dem Gemeindewald, wie es sich aus dem Vertrag ergibt, nichts ändert.

4. Steht hiernach fest, daß nach dem Holzabfindungs-Vertrag nur den Bürgern der Orte Meistern, Hünerberg und Aichelberg, nicht aber der Rehmühle, ein Anspruch an diesen Waldungen zusteht, wie dieß auch die K. Staatsfinanzverwaltung laut Erlaß der K. Finanzkammer des Schwarzwaldkreises vom 31. März 1848 erklärt hat, so konnte auch das hiedurch begründete Rechtsverhältniß des Ausschlusses der Rehmühle von den Nutzungen des in Folge der Ablösung dieser Holzrechte gebildeten Gemeindewalds durch die Bestimmungen des revidirten Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dezember 1833 keine Aenderung erleiden.

Allerdings bestimmt der Artikel 49 des Bürgerrechtsgesetzes: „Zur Theilnahme an den persönlichen Gemeindenutzungen sind alle Aktivbürger in gleichem Maße berechtigt" und es sind, wie aus dem Vertrage selbst (§ 5) hervorgeht, zur Durchführung dieses Grundsatzes für die Aktivbürger der genannten 3 Orte, nicht aber für die der nicht in Betracht gezogenen Rehmühle, die erforderlichen Ausgleichungen für die Lehenhofbesitzer und die Taglöhner getroffen worden, woraus sich nur eine weitere Bestätigung des sub

Ziff. 3 Ausgeführten ergibt. Aus dieſer den Gemeindebörden für die Verwaltung der bürgerlichen Nutzungen gegebenen Norm folgt aber nicht, daß auch begründete privatrechtliche Beſtimmungen für den Antheil an dieſen Nutzungen unbeachtet gelaſſen werden dürfen, wie denn die Art. 50 und 51 des gedachten Geſetzes die Beachtung ſolcher im Privatrechte begründeter Anſprüche ausdrücklich vorſchreiben und den Gemeindebehörden nur zur Pflicht machen, durch geeignete Abfindung ſolche Ungleichheiten zu beſeitigen.

5. Demgemäß iſt für die Entſcheidung des vorliegenden Streits nicht das maßgebend, ob die Rehmühle ein integrirender, nicht für ſich als Theilgemeinde beſtehender Beſtandtheil der Gemeinde Bergorte derzeit iſt, ſondern das, daß ſie bei den Holzabfindungsverhandlungen und den auf ſie gebauten Verträgen nicht als Theil der Gemeinde Bergorte, ſondern als für ſich beſtehende Parzelle abgeſondert behandelt und für ſich abgefunden, ſomit nicht unter dem Abfindungsvertrag zwiſchen der K. Staatsfinanzverwaltung und den 3 Orten Aichelberg, Hüner-berg und Meiſtern begriffen worden iſt, weßhalb ihren Aktivbürgern auch ein Anſpruch an den durch dieſen Abfindungs-Vertrag gebildeten Gemeindewald nicht zuſteht, wie dieß in den früheren Entſcheidungen über dieſe Frage von Seite der früheren Verwaltungs-Gerichte ſtets feſtgehalten worden iſt.

6. Entbehrt hiernach der Anſpruch des Klägers, Berufungsbeklagten der geeigneten Grundlage, ſo war der Anſpruch unter Abänderung des Urtheils I. Inſtanz in Folge des Unterliegens des Klägers für ihn koſtenfällig abzuweiſen.

4. Aufhebung eines Vertrags wegen mangelnder regimineller Genehmigung (§ 66 Ziffer 5 des Verwaltungsedikts von 1822). — Zuſtändigkeit des Verwaltungsrichters auf Grund des Artikels 10 Ziff. 17 des Geſetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege.

Urtheil vom $\begin{matrix}27.\text{ Juni}\\4.\text{ Juli}\end{matrix}$ 1883.

Israelitiſches Kirchenvorſteheramt Pflaumloch, O.-A. Neresheim, Kläger, Berufungskläger, gegen die katholiſche Schulgemeinde daſelbſt, Beklagte, Berufungsbeklagte.

In der aus Israeliten, Katholiken und Protestanten bestehenden Gemeinde Pflaumloch waren früher die Schulverhältnisse dahin geordnet, daß die Israeliten und Katholiken je eine besondere Schule für sich besuchten, während die Protestanten, die nach Goldburghausen eingepfarrt sind, die Schule dieses Orts benützten, bis sie 1864 eine eigene Schule in Pflaumloch erhielten. — Am 6. Mai 1840 bat das israelitische Kirchenvorsteheramt in Pflaumloch unter Vorlegung einer schultheißenamtlich beurkundeten 63—65 selbständige israelitische Gemeindegenossen aufführenden Liste um Erhebung der israelitischen Konfessionsschule zur Volksschule, wobei sie sich jedoch verpflichteten, den Aufwand für dieselbe auch ferner allein zu tragen, gegen die von dem Gemeinderathe Namens der Mitglieder der beiden christlichen Konfessionen gegebene Zusage, die israelitische Gemeinde zu den Kosten ihrer Schulen nicht in Anspruch zu nehmen. Es kam auch nach einigen Verhandlungen am 2. Januar 1843 zwischen dem Gemeinderath und Bürgerausschuß einer- und dem von den Israeliten für sich und ihre Nachkommen bevollmächtigten israelitischen Kirchenvorsteheramte in Pflaumloch andererseits eine Vereinbarung in besagtem Sinne zu Stande, welche, nachdem der katholische Kirchenrath als Oberschulbehörde bei derselben nichts zu erinnern gefunden, durch Erlaß vom 5. März 1847 Seitens der Kreisregierung gleichfalls genehmigt wurde — mit dem Anfügen übrigens, daß, falls künftig dem einen oder anderen Theile die Einhaltung der Uebereinkunft wegen mangelnder Mittel unmöglich werden sollte, die Entscheidung über die Aufbringung dieser Mittel der zuständigen Staatsbehörde nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen vorbehalten bleiben müßte.

Damals zählte Pflaumloch 230 Israeliten, 181 Katholiken und 153 Protestanten. Dieses Verhältniß änderte sich aber in Folge Wegzugs von Israeliten in die größeren Städte, und der Aufwand für ihre Schule fiel den Israeliten bald lästig. Dieß veranlaßte die israelitische Gemeinde im Jahre 1875, um Aufhebung der israelitischen Schule zu bitten. Der katholische Kirchenrath gab hierauf durch Erlaß an das gemeinschaftliche Oberamt in Schulsachen vom 19. November 1875 zur Eröffnung an die be-

treffenden Behörden und behufs Einleitung des Weiteren, im Wesentlichen zu erkennen:

Die fragliche Schule sei, wenn auch nach den Verhandlungen von 1842/47 als eine Volksschule im Sinne des Art. 13 des Schulgesetzes vom 29. September 1836 anerkannt, doch thatsächlich nicht als eine solche behandelt worden, insofern nach dem Vertrag zwischen der politischen und der israelitischen Gemeinde von 1843 jeder Konfessionstheil die Kosten seiner Schule für sich allein zu bestreiten habe und von der Beitragspflicht zu den Kosten des andern Konfessionstheiles befreit sei. Dieselbe stelle sich nur als eine freiwillige Konfessionsschule im Sinne des Art. 14 des Schulgesetzes dar, welche, nachdem mit dem Rückgange der Zahl der israelitischen Gemeindegenossen und Schüler die Voraussetzungen, unter welchen der Art. 13 die politische Gemeinde zu Unterhaltung einer besonderen israelitischen Volksschule verbinden würde, nicht mehr zutreffen, jeder Zeit aufgehoben werden könne. Dem Vorhaben der israelitischen Gemeinde, bei ihren geschwächten Mitteln sich der Unterhaltung einer eigenen Schule zu entschlagen, könne daher nicht entgegengetreten werden, und es müsse, wenn die Israeliten sich nicht nach Zulassung des Art. 8 einer benachbarten israelitischen Schule anschließen können und wollen, nach Art. 7 die Vereinigung der israelitischen Schule mit der Volksschule ihres Wohnorts in Pflaumloch erfolgen, als welche die christliche Ortsschule daselbst erscheine, wenn auch thatsächlich vermöge Vertrags dieselbe bis jetzt nur für die Katholiken und auf deren Kosten bestanden habe, indem die politische Gemeinde Pflaumloch nach Art. 11 ja jedenfalls eine allen Einwohnern ohne Unterschied des Glaubensbekenntnisses zugängliche Volksschule zu unterhalten habe, deren Kosten nach Art. 18 aus Gemeindemitteln zu bestreiten seien. Thatsächliche Hindernisse und Schwierigkeiten werden dieser Vereinigung auch nicht im Wege stehen, da der Gehalt des Schullehrers und der Staatsbeitrag dazu nach wie vor derselbe bleibe, für den Religionsunterricht wie überhaupt für ihre kirchlichen Bedürfnisse und Einrichtungen die Israeliten wie bisher allein zu sorgen haben, die israelitische Ge-

meinde ihr geräumigeres Schulhaus unentgeldlich zur Benützung für die vereinigte Schule zu überlassen sich bereit erklärt habe und bezüglich des vermehrten sachlichen Aufwandes ein Uebereinkommen zwischen beiden Theilen unschwer zu erzielen sein dürfte.

Am 6. Dezember 1875 kam denn auch bei der vor dem Oberamt gepflogenen Verhandlung, zu welcher der Ortsgeistliche, die Mitglieder des katholischen Schulgemeinderaths und des Bürgerausschusses, sowie die israelitischen Kirchenvorsteher erschienen waren, eine Uebereinkunft zu Stande, deren

Punkt 1 lautete: die israelitische Gemeinde bezahlt an den Kosten der katholischen Ortsschule, welche die israelitischen Schulkinder nach Aufhebung ihrer Konfessionsschule künftig besuchen, einen jährlichen Aversalbeitrag von 43 Mark. Es ist dieß die Entschädigung für die vermehrten Heizungskosten, Mobiliareinrichtung, Lehrmittel u. s. w.

Punkt 2 sagte: Außerdem übernimmt die israelitische Gemeinde die Hälfte der später erwachsenden Baureparaturkosten des von den Israeliten unentgeldlich zur Benützung als Ortsschule überlassenen israelitischen Schullokals, der dazu gehörigen Holzlage im Parterrestock und der beiden Schulabtritte. Die andere Hälfte dieser Baukosten bestreitet die katholische Schulgemeinde.

Nach Punkt 3 übernahm das israelitische Kirchenvorsteheramt eine weitere nothwendige Reparatur, und die Punkte 4—7 betrafen das Schulgeld der israelitischen Kinder, die Ueberlassung der Utensilien der israelitischen Schule an die künftig gemeinschaftliche Schule sowie die Sorge für den Religionsunterricht der schulpflichtigen israelitischen Kinder.

Auf Grund dieses Vertrags, bei dem der katholische Kirchenrath nichts zu erinnern fand, ward durch Erlaß desselben vom 14. Dezember 1875, der Bitte des israelitischen Kirchenvorsteheramts entsprechend, die Aufhebung der bis dahin bestandenen israelitischen Schule in Pflaumloch genehmigt und wurden die schulpflichtigen israelitischen Kinder der (katholischen) Ortsschule daselbst zugewiesen.

Diese Vereinigung bestand seitdem. Als jedoch in Folge

Digitized by Google

einer von dem Oberamte bei Prüfung der Umlage für die Schulgemeinde im Mai 1880 getroffenen Anordnung auch die Israeliten zu der Schulkostenumlage mit 93 Mark beigezogen werden wollten, beschloß das israelitische Kirchenvorsteheramt nach Einvernehmen sämmtlicher israelitischer Gemeindeglieder, sich auf den die Israeliten nur zu Bezahlung eines jährlichen Aversalbeitrags von 43 Mark verpflichtenden Punkt 1 des Vertrags vom 6. Dezember 1875 berufend, am 3. Oktober 1880, das Verhältniß zur katholischen Schulgemeinde zu lösen, den Vertrag von 1875 auf den 30. Juni 1881 zu kündigen und auf Grund des Art. 14 des Schulgesetzes eine freiwillige israelitische Konfessionsschule zu errichten, daher von der katholischen Ortsschule die Räumung des israelitischen Schullokals auf jenen Zeitpunkt zu verlangen.

Ein Versuch des Oberamts, den Streit gütlich beizulegen, blieb erfolglos. Ebenso die an die Kreisregierung gerichtete Bitte des Schulgemeinderaths in Pflaumloch um nachträgliche Genehmigung des Vertrags von 1875, weil, wie die Kreisregierung reskribirte, die Kontrahenten sich über die Auslegung des Vertrags im Widerspruch befinden.

Am 7. August 1881 reichte Rechtsanwalt Löwenstein in Stuttgart Namens der israelitischen Gemeinde Pflaumloch bei der Kreisregierung eine Klage gegen die dortige katholische Schulgemeinde ein, worin gebeten wurde, zu erkennen, daß Beklagte die Ungiltigkeit eventuell Kündbarkeit des Vertrags von 1875 gegenüber der Klägerin anzuerkennen und demgemäß die durch den Vertrag für die Ortsschule eingeräumten Lokalitäten des israelitischen Schulhauses alsbald zu räumen, auch alle Kosten zu tragen habe. Zur Begründung wurde geltend gemacht: von Haus aus habe es sich von selbst verstanden und sei es auch in der Natur der Sache gelegen, daß der Vertrag von 1875 in stets widerruflicher bezw. kündbarer Weise abgeschlossen worden. Aber auch abgesehen hievon sei dieser Vertrag, der auf beide Gemeinden, insbesondere die Ortsgemeinde, eine bleibende Last gelegt habe, nichtig, weil die nothwendige Genehmigung der Kreisregierung weder eingeholt noch ertheilt worden sei. Da Klägerin ihr Schullokal brauche, so habe sie den Vertrag auf den 1. Juli gekündigt, Beklagte weigere sich aber, dasselbe zu räumen. Die

Zuständigkeit der Kreisregierung sei begründet, weil es sich um ein öffentlich rechtliches Verhältniß zwischen zwei Gemeinden bezw. öffentlichen Korporationen handle.

Die von Pfarrer Graf in Pflaumloch Namens der katholischen Schulgemeinde daselbst abgegebene Vernehmlassung bat um kostenfällige Abweisung der Klägerin. In dem Vertrage von 1875 sei eine Kündigung nirgends vorbehalten, weil es sich um definitive Aufhebung der israelitischen Schule, um Schaffung eines dauernden Zustandes dabei gehandelt habe. Wäre der Vertrag kündbar d. h. einseitig kündbar, so wäre hiemit der rechtliche Begriff „Vertrag" zerstört. Die mangelnde Genehmigung Seitens der Regiminalbehörde mache den Vertrag nicht ungiltig, jedenfalls nicht für die israelitische Gemeinde; durch die Aufnahme der israelitischen Kinder in die katholische Schule sei nur das Schulgesetz erfüllt worden, und die Erfüllung einer gesetzlichen Vorschrift bedürfe keiner Regierungsgenehmigung.

Am 7. Januar 1882 gab der katholische Kirchenrath, um eine Aeußerung ersucht, solche der Kreisregierung gegenüber dahin ab, daß, da nach einer Mittheilung der israelitischen Oberkirchenbehörde ein den gesetzmäßigen Bestand einer wieder zu errichtenden und zu unterhaltenden Konfessionsschule in der israelitischen Gemeinde Pflaumloch sicherndes Einkommen nicht auszumitteln, daher die Voraussetzung des Art. 14 des Volksschulgesetzes nicht vorhanden sei, der katholische Kirchenrath einem eventuell an ihn zu stellenden Verlangen der Trennung der dortigen Israeliten von der katholischen Volksschule bezw. der Wiedererrichtung einer israelitischen Konfessionsschule nicht stattgeben würde.

Der klägerische Anwalt beharrte nichtsdestoweniger auf der Klage.

Nachdem erhoben worden, daß der katholische Schulgemeinderath in Pflaumloch aus der Wahl der katholischen Kirchengemeindeglieder hervorgegangen, und Rechtsanwalt Löwenstein eine von sechs Israeliten, welche, wie das Kirchenvorsteheramt beurkundete, die sämmtlichen selbständigen israelitischen Gemeindeglieder waren, unterzeichnete Urkunde vorgelegt hatte, wonach sie mit Erhebung der Klage und Bevollmächtigung der Rechtsanwälte Löwenstein und Lebrecht sich einverstanden erklärten und das seither Ver-

handelte anerkannten, fand am 14. August 1882 vor der Kreisregierung eine öffentlich mündliche Verhandlung statt, zu welcher die beiderseitigen Bevollmächtigten erschienen. Der klägerische Anwalt sprach zunächst den Zweifel aus, ob das israelitische Kirchenvorsteheramt den Vertrag vom 6. Dezember 1875 mit Verbindlichkeit für die Israeliten abzuschließen befugt gewesen sei, da Art. 56 des Gesetzes vom 25. April 1828 den Kirchenvorstehern nur die Ausübung der Kirchenzucht und die Besorgung anderer, die ganze Kirchengemeinde angehender Geschäfte übertragen habe, ob nicht vielmehr sämmtliche Kirchenmitglieder in der Sache hätten handeln sollen. Sodann stützte er die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters speziell auf Art. 10 Ziff. 14 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege. Im Uebrigen wiederholte er früher Vorgetragenes. Der beklagtische Bevollmächtigte machte speziell gegen die Nothwendigkeit der Genehmigung des Vertrags von 1875 durch die Kreisregierung geltend, derselbe berühre lediglich die Konfessionen, nicht die Ortsgemeinde; nicht der politischen Gemeinde, sondern den beiden Konfessionen werde durch denselben eine Last auferlegt.

Schließlich modifizirte Rechtsanwalt Löwenstein seinen Klagantrag dahin, daß derselbe nur auf Punkt 2 des Vertrags zu beziehen sei und demgemäß gebeten werde, auszusprechen, daß die Beklagte die Ungiltigkeit des Punktes 2 des Vertrages anzuerkennen habe.

Am 19. August 1882 wies die Kreisregierung die Klage kostenfällig ab. Die Behauptung, der Punkt 2 des Vertrags von 1875 sei wegen Mangels der regiminellen Genehmigung ungiltig, treffe nicht zu, weil der Vertrag nicht zwischen zwei Gemeinden oder Korporationen, sondern zwischen zwei Genossenschaften, den katholischen und israelitischen Schulangehörigen, abgeschlossen worden sei, die Gesammtheit der katholischen Schulgenossen auf der einen und der israelitischen auf der anderen Seite aber keine Gemeinde oder Korporation, sondern nur je eine Genossenschaft, eine Mehrzahl Einzelner bilde und die politische Gemeinde Pflaumloch beim Abschluß des Vertrags gar nicht betheiligt gewesen sei. Auch das Verlangen der einseitigen Auflösbarkeit des Vertrags sei nicht begründet. Denn bei dem Mangel einer anderweitigen Bestimmung

sei anzunehmen, daß der Vertrag und also auch die Festsetzung zu Punkt 2 seiner Zeit auf so lange abgeschlossen worden, als die gemeinschaftliche Schule dauere, womit ein einseitiger Rücktritt oder einseitige Auflösung des Vertrags während der Dauer der gemeinschaftlichen Schulverhältnisse ausgeschlossen erscheine; die gemeinschaftliche Schule bestehe aber zur Zeit noch. Das israelitische Kirchenvorsteheramt sei zur Abschließung des Vertrags von 1875 mit Verbindlichkeit für die Israeliten in Pflaumloch befugt gewesen, weil letztere bis 1875 einschließlich eine Konfessionsschule wirklich besessen haben, diese aber, solange sie bestanden, als eine Angelegenheit der ganzen Kirchengemeinde anzusehen gewesen sei.

Dieser materiellen Begründung des Urtheils ging eine die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters begründende Ausführung voraus, im Wesentlichen des Inhalts:

Auf Ziff. 14 des Art. 10 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege könne die Zuständigkeit nicht gestützt werden, weil nicht ein Vertrag zwischen zwei Gemeinden in Frage stehe, wohl aber auf Ziffer 17 dieses Art. 10, welcher bestrittene Verbindlichkeiten Einzelner oder der Gemeinden zu Leistungen für Schulzwecke — soweit der Anspruch nicht privatrechtlicher Natur — vor den Verwaltungsrichter verweise; es müsse hiebei nur unterstellt werden, daß auch Genossenschaften (eine Mehrheit Einzelner) Kläger oder Beklagte sein können. Den Gegenstand des Streits bilde im vorliegenden Falle der Vertrag von 1875, den die Katholiken und Israeliten zu Pflaumloch anläßlich der Vereinigung zu einer gemeinschaftlichen Schule (Volksschule), d. h. über den Beitritt der Israeliten zu der katholischen Volksschule und über die Modalitäten der Vereinigung abgeschlossen, und das dießfällige Verhältniß gehöre im Allgemeinen dem öffentlichen Rechte an. Allerdings entspreche die Organisation der Schulen in Pflaumloch den Anforderungen der Art. 11 und 18 des Volksschulgesetzes insoferne nicht, als nach den angeführten Bestimmungen die Volksschulen eine Anstalt der politischen Gemeinde sein sollen, deren Kosten, soweit nicht dritte Verpflichtete vorhanden, als eine Gemeindelast ohne Rücksicht auf das Religionsbekenntniß der Beitragenden nach dem Steuerfuße zu tragen seien. Gleichwohl müsse, da das Schulgesetz auch die Konfessionsschulen im Sinne der Art. 13 und 14 als

eigentliche Volksschulen anerkenne, angenommen werden, daß das bezüglich der gemeinschaftlichen Schule der Katholiken und Israeliten bestehende Rechtsverhältniß dem öffentlichen Recht angehöre und daher der über den Vereinigungsvertrag entstandene Streit von dem Verwaltungsrichter zu entscheiden sei. Es stehe dieser Annahme auch nicht entgegen, daß gesetzliche Bestimmungen darüber, wie die zu einer Konfessionsschule vereinigten Konfessionsgenossen die Kosten derselben unter sich aufzubringen haben — ob nach dem Steuerfuß oder der Familienzahl u. s. w. — nicht bestehe und es ebenso an gesetzlichen Bestimmungen darüber fehle, wie die Kosten der gegenwärtig in Frage stehenden katholisch-israelitischen Schule, die auch in ihrer Vereinigung nicht die Gemeindeschule im Sinne der Art. 11 und 18 bilde, unter ihre Angehörigen zu vertheilen seien. Denn anerkannter Maßen können Verbindlichkeiten des öffentlichen Rechts, soweit nicht das Gesetz zwingende Vorschriften enthalte, unter den Betheiligten durch Uebereinkunft modifizirt oder abgeändert werden, ohne daß das durch eine solche Uebereinkunft begründete Rechtsverhältniß aufhöre, ein öffentlich rechtliches zu sein, und das Gleiche müsse im vorliegenden Falle gelten, wo gesetzliche Bestimmungen über Vertheilung der Kosten zwischen den Katholiken und Israeliten überhaupt nicht bestehen und eben deßhalb durch den Vertrag von 1875 die gegenseitigen Rechte und Pflichten haben festgesetzt werden müssen.

In der rechtzeitig eingekommenen Berufungsschrift bat der klägerische Anwalt unter Abänderung des Regierungsurtheils der Klagbitte gemäß zu erkennen. In einem Nachtrage hiezu suchte er hinsichtlich der Nothwendigkeit der Genehmigung des Vertrags von 1875 durch die Kreisregierung auszuführen, die katholische Schule zu Pflaumloch sei von jeher die Ortsschule im Sinne des Art. 11 des Volksschulgesetzes gewesen und dieß auch geblieben, demgemäß treffe auch der Art. 18 dieses Gesetzes hier zu und habe, jedenfalls subsidiär, die politische Gemeinde als Lastenpflichtige einzutreten. Davon abgesehen sei die Ansicht der Kreisregierung, daß eine Schulgemeinde bloß eine Genossenschaft sei, unrichtig, vielmehr sei eine Schulgemeinde eine öffentliche Korporation einer Gemeinde, welche zwar nach Umständen nicht mit dem geographischen Begriff

der politischen Gemeinde zusammenfalle, nichts desto weniger aber unter den juristischen Begriff einer Gemeinde im öffentlich rechtlichen Sinne zu subsumiren sei. Hiernach müsse der § 66] Ziff. 5 des Verwaltungsedikts von 1822 — sei es direkt, sei es nach den Grundsätzen der Analogie und der ratio legis — hier Anwendung finden.

Im Uebrigen wurde früher Vorgetragenes wiederholt.

Der beklagtische Bevollmächtigte entgegnete, der ganzen Ausführung des Klägers widerstreite das Gesetz vom 25. Mai 1865 über Abänderung der Schulgesetze von 1826 und 1858.

Bei der vor dem Verwaltungsgerichtshof gepflogenen mündlichen Verhandlung erklärte der klägerische Anwalt sein Petitum dahin verbessern zu wollen, es wolle, wenn die Ungiltigkeit des Vertrags von 1875 anerkannt werde, ausgesprochen werden, daß die Beklagte das fragliche Schullokal zu räumen habe, und auf die Seitens des Richtertisches gestellte Frage, wohin eigentlich jetzt das Petitum gehe, ob auf Annullirung des ganzen Vertrags oder nur eines Theils desselben? ließ sich der klägerische Anwalt dahin vernehmen: es bleibe bei dem Petitum erster Instanz, er beschränke es auf Punkt 2 des Vertrags mit der heute vorgetragenen Erweiterung des Petitums, wenn solche nöthig sein sollte; die übrigen Punkte des Vertrags unterstehen nicht der Kognition des Verwaltungsrichters, sondern der der katholischen Schulbehörde.

Der Verwaltungsgerichtshof wies die Klage kostenfällig ab unter Bestätigung des vorigen Urtheils.

Gründe. Da der den Gegenstand des vorliegenden Streites bildende Vertrag vom 6. Dezember 1875, welcher zwischen dem katholischen Schulgemeinderath und dem israelitischen Kirchenvorsteheramte Pflaumloch über den Beitritt der dortigen Israeliten zu der katholischen Schule daselbst unter Leitung des Oberamts Neresheim abgeschlossen wurde, auf der Uebereinstimmung beider Theile zu dessen Abschlusse beruht, so kann auch seine Auflösung nur durch diese Uebereinstimmung herbeigeführt werden. Solche liegt nicht vor und der Kläger hat auch nirgends nachgewiesen, daß der Beklagte ihm das Recht der Kündigung des Vertrags zugestanden habe.

Dagegen hat derselbe geglaubt, Momente geltend machen zu

können, aus denen die Ungiltigkeit des Vertrags und damit sein Recht folge, dessen Auflösung in Anspruch zu nehmen. Diese Momente können aber als durchlagend für diesen Zweck nicht erachtet werden.

Wenn Kläger sich dießfalls auf den § 66 des Verwaltungs-Edikts und die nicht erfolgte Genehmigung des Vertrags durch die Regierung des Jaxtkreises berufen hat, so hat schon der vorige Richter mit Recht ausgeführt, daß der § 66 des Verwaltungs-Edikts auf diesen Vertrag keine Anwendung finde, weßhalb auch die nicht erfolgte Genehmigung von keiner Bedeutung für die Giltigkeit des Vertrags ist.

Ebenso wirkungslos in dieser Beziehung erscheint der Vorbehalt, welchen die Behörden früher für den Fall gemacht haben, daß dem einen oder dem andern Theil die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten nicht mehr möglich sein sollte. Abgesehen davon, daß dieser Fall bis jetzt nicht eingetreten, ist klar, daß hieraus nicht eine Aenderung des Rechts des einzelnen Betheiligten abgeleitet werden kann, sondern nur der Behörde, die den Vorbehalt gemacht hat, ein Recht erwachsen würde.

Ob endlich dem Anwalt des Klägers, Berufungsklägers formell das Recht zustehen kann, die Legitimation seines Mandanten zu Abschluß des fraglichen Vertrags in Zweifel zu ziehen, mag dahin gestellt bleiben. Nachdem aber der Kläger, Berufungskläger, soweit ersichtlich, stets die Angelegenheiten der israelitischen Schule vertreten und in denselben gehandelt hat, ist auch seine Legitimation hiezu nach Art. 56 des Gesetzes vom 25. April 1828 für begründet zu erkennen.

Erscheint hienach die Anfechtung des Vertrags von Seite des Klägers als in jeder Beziehung grundlos, so mußte, wie geschehen, erkannt und Kläger als unterliegender Theil in die Kosten und Sporteln verurtheilt werden.

5. Rechtsbeschwerde des Konsumvereins in Ulm, eingetragene Genossenschaft, gegen seine Beiziehung zur Staatsgewerbesteuer.

Urtheil vom 9. Februar 1884.

Ueber die Steuerpflicht der Konsumvereine haben schon vor dem Erscheinen des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1868, die privat-

rechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften btr., Erörterungen stattgefunden und zwar bei dem seit 1864 in Stuttgart bestandenen Konsumverein. Dieser wurde anfänglich von der hiefür zunächst zuständigen Gemeindebehörde gar nicht zur Steuer beigezogen, weil man seinen Geschäftsbetrieb nicht als einen Gewerbsbetrieb betrachtete. Als der Verein aber seinen Verkauf auch auf Nichtmitglieder ausdehnte, wurde dieser Theil des Betriebes zur Steuer gezogen, indem man nach längeren Erörterungen davon ausging, daß der Absatz an Nichtmitglieder den in Baargeld eingegangenen Ertrag — den sogenannten Silberumsatz — bilde, der Absatz gegen Konsummarken dagegen — der sogenannte Blechumsatz — den von den Mitgliedern kommenden Ertrag, welcher steuerfrei blieb. Der damalige Vorstand des Konsumvereins war aber hiemit nicht zufrieden und wollte auch den Verkehr mit Nichtmitgliedern befreit wissen, weil obige Ausscheidung nicht richtig und der Umsatz bei Nichtmitgliedern mehr nur Nebensache sei, auch für solche keine besonderen Vorräthe und Einrichtungen bestehen. Die Beschwerde desselben wurde aber durch alle Instanzen, schließlich durch Geheimenraths-Erkenntniß vom 25. Januar 1868, abgewiesen, wobei namentlich ausgeführt wurde:

> da der Konsumverein nach eigener Ausführung grundsätzlich die Waaren an Mitglieder nicht zum Ankaufspreis, sondern zum Marktpreis abgebe, um einen Ueberschuß zu erzielen, und den gleichen Grundsatz auch bei Verkäufen an Nichtmitglieder festhalte, so seien in dem Ueberschuß über die Ankaufspreise nicht blos die von Mitgliedern sondern auch die von Nichtmitgliedern erhobenen Preiszuschläge inbegriffen, der Verein erziele somit beim Verkauf an Nichtmitglieder einen Handelsgewinn, welcher der Natur der Sache nach theils aus dem Betriebskapital theils aus der Arbeit des Handelspersonals entspringe.

Bei dieser Behandlung verblieb es dann und wurde an dem Verhältniß auch durch das Staatssteuergesetz vom 28. April 1873 nichts geändert. Als aber später die Agitationen gegen die gedachte steuerliche Behandlung der Konsumvereine begannen, nahm das Finanzministerium Veranlassung, die Frage in be-

sondere Erwägung zu ziehen, und es erließ in dessen Auftrag die Katasterkommission am 17. Dezember 1880 an die Steuerbehörden, in dessen Bezirk Konsumvereine waren, folgende Verfügung:

> Nach wiederholter Erwägung der thatsächlichen Verhältnisse, wie sie bei der Geschäftsführung der Konsumvereine zu Tage getreten sind, weisen wir zu Folge Erlasses des Finanzministerium vom 2c. in Abänderung des Punkt 7 des Erlasses vom 13. März 1875 [1]) die genannten Behörden an, diejenigen Konsumvereine, welche in offenen Läden oder mit offenen Angeboten auch an Andere als Vereinsmitglieder Waaren verkaufen, mit ihrem gesammten Reinverdienst aus ihrem Waarenverkauf zur Gewerbesteuer beizuziehen ohne Rücksicht darauf, ob dieser Verdienst durch Verkauf an Mitglieder oder an Nichtmitglieder erzielt wird. Diejenigen Konsumvereine dagegen, welche ihre Thätigkeit nur auf den Kreis ihrer Mitglieder beschränken und dabei nicht auf die Erzielung eines Gewinns, z. B. zur Vertheilung von Dividenden, Dotirung des Reservefonds, Erwerbung von Gebäuden u. dgl., ausgehen, sind auch fernerhin von der Gewerbesteuer freizulassen. Gewerbesteuerfrei bleiben ferner die Einnahmen, welche ein Konsumverein aus anderen Quellen als dem Waarenverkauf bezieht, wie Kapitalzinse, Miethzinse aus Liegenschaften, ebenso der Rabatt aus dem Markenverkehr mit Privatgeschäften, den sogenannten Lieferantengeschäften 2c.

In Folge dieser Verfügung kam die Steuerfrage zunächst bei dem Konsumverein in Stuttgart in Fluß, welcher bis in die neueste Zeit mit Ausnahme der Weine an Mitglieder und Nichtmitglieder verkauft hatte. Er protestirte gegen die Einschätzung seines Gesammtumsatzes, wurde aber nicht nur von dem Finanz-

---

1) Dieser Punkt 7 bestimmt: Gegenseitigkeitsgesellschaften, wie Handwerkerbanken 2c. sind gewerbesteuerfrei. Wenn und soweit sich aber ihr Geschäftsbetrieb auf andere als Vereinsmitglieder erstreckt, unterliegt dieser Betrieb der Gewerbesteuer. Das Gleiche gilt auch von Konsumvereinen, welche Waaren an Nichtmitglieder verkaufen oder Laden halten, in welchen auch Nichtmitglieder zugelassen sind.

miniſterium, ſondern auch, mit der weiter erhobenen Rechtsbeſchwerde, vom Verwaltungsgerichtshofe (28. November 1881) abgewieſen, weil 1. der jetzige Verein ſowohl für Mitglieder als Nichtmitglieder einen ungetheilten Geſchäftsbetrieb habe, ſomit ein einheitliches Gewerbe vorliege, das in ſeinem vollen Umfang zu beſteuern ſei, und 2. eine richtige Ausſcheidung des Umſatzes an Mitglieder und Nichtmitglieder bei den vorliegenden Verhältniſſen gar nicht möglich ſei [1]). Darüber, wie der nur mit den Mitgliedern gepflogene Geſchäftsbetrieb zu behandeln ſei, ſprach ſich der Verwaltungsgerichtshof nicht aus. Dieſer letztere Fall liegt nun bei dem Konſumverein in Ulm vor, der bis jetzt ſeinen Geſchäftsbetrieb lediglich auf Mitglieder beſchränkt haben will. Aus den Statuten, auf deren Grund der Verein ſich am 22. Mai 1872 zur eingetragenen Genoſſenſchaft konſtituirte, ſind nachfolgende Beſtimmungen hervorzuheben:

§ 2. Der Zweck der Genoſſenſchaft iſt, ihren Mitgliedern unverfälſchte und gute Waare für ihren perſönlichen und Haushaltungsbedarf zum Tagespreiſe zu verſchaffen und ihnen hiebei Gelegenheit zu geben, Erſparniſſe zu erzielen ꝛc. . . . Ob und in wie weit der Verkauf von Waaren (Abſ. 1) auch auf Nichtmitglieder ausgedehnt werden ſoll, iſt dem Ermeſſen des Vorſtands anheimgeſtellt.

§ 5. Jedes Mitglied hat eine Einlage von 20 Mark zu leiſten, welche über die Dauer der Mitgliedſchaft bei dem Verein zu belaſſen iſt und den Geſchäftsantheil des Mitglieds bildet. — Jedes Mitglied iſt berechtigt, ſobald das auf ſeinen Konto aufgelaufene Guthaben den Betrag des Geſchäftantheils mit 20 Mark überſteigt, dieſes Guthaben aus dem Verein zu ziehen oder als Sparguthaben ſtehen zu laſſen. Das Guthaben wird mit 4 % verzinst, ſobald derſelbe den Betrag von 10 Mark erreicht hat.

§ 7. Jedem austretenden oder ausgeſtoßenen Mitglied werden 2 Mark an dem ihm zukommenden Guthaben zu Gunſten des Reſervefonds abgezogen.

---

1) S. oben S. 265.

§ 8. Die Quartale des Kalenderjahrs bilden die Rechnungsperioden für die Verwaltung, die Feststellung und Vertheilung des erzielten Nutzens und die Verzinsung der Guthaben.

§ 10. Der bisher angelegte Reservefond wird fortgeführt; der Generalversammlung bleibt überlassen, nebenbei einen Fond für gemeinnützige Zwecke sowie einen solchen für die Erwerbung von Immobilien zu begründen.

§ 11. Von dem erzielten Reingewinn fällt 1/8 in den Reservefond. Der weitere Gewinn ist unter die Mitglieder nach Maßgabe ihres Markenbezugs während der betreffenden Rechnungsperiode zur Vertheilung zu bringen.

§ 14. Der Reservefond soll überhaupt nur in außerordentlichen Fällen angegriffen werden und kein einzelnes Mitglied oder dessen Erben haben ein Anrecht auf denselben.

§ 28 endlich bestimmt, daß im Fall des Herabsinkens der Mitglieder unter die Zahl von 10 der Verein als aufgelöst zu betrachten sei und etwaige Ueberschüsse einem gemeinnützigen oder wohlthätigen Zweck überwiesen werden sollen.

Der Verein war früher nicht zur Gewerbesteuer beigezogen worden, weil die Fassung der allgemeinen Verfügung der Katasterkommission vom 17. Dezember 1880 die Steuerpflicht der blos mit Mitgliedern verkehrenden Konsumvereine nur in indirekter versteckter Weise ausgesprochen hatte. Diese Verfügung hatte in Abs. 1 die Steuerpflicht aller auch an Nichtmitglieder Waaren absetzender Vereine ausgesprochen, in Abs. 2 aber gesagt:

> diejenigen Konsumvereine dagegen, welche ihre Thätigkeit nur auf den Kreis ihrer Mitglieder beschränken und dabei nicht auf die Erzielung eines Gewinns, z. B. zur Vertheilung von Dividenden, Dotirung des Reservefonds, Erwerbung von Gebäuden u. s. w. ausgehen, sind auch fernerhin von der Gewerbesteuer frei zu lassen.

Hiedurch kam es, daß in Ulm die Steuerpflicht des dortigen Vereins erst durch einen Erlaß der Katasterkommission an das Kameralamt Ulm vom 5. Mai 1883 angeregt wurde mit dem Bemerken, daß der Verein deßhalb steuerpflichtig sei, weil er

nach den Statuten auf die Erzielung eines Gewinnes zur Vertheilung von Dividenden und Dotirung eines Reservefonds ausgehe. In Folge dessen wurde der Verein zur Einreichung der vorgeschriebenen Gewerbesteuerfassion aufgefordert, welche der statutenmäßige Vorstand verweigerte. Auch reichte er sofort eine an das Finanzministerium gerichtete Beschwerdeschrift vom 11. Juli 1883 ein, die das Kameralamt mit dem Bemerken vorlegte, daß der Verein, der sich auf den Waarenumsatz an seine Mitglieder beschränke, auf den 1. April 1883 eventuell zur Gewerbesteuer eingeschätzt worden sei.

Die Beschwerdeschrift an das Ministerium berief sich zu Gunsten des Vereins auf die oben erwähnte Geheimenraths-Entscheidung von 1868 und die Verfügung der Katasterkommission vom 13. März 1875 und bemerkte weiter, es könne auch rechtlich nicht behauptet werden, daß ein Konsumverein, der nur an seine Mitglieder Waaren abgebe, ein Gewerbe treibe, da eine Person oder eine Vereinigung mehrerer Personen — wie es der Ulmer Konsumverein sei — zu Einem und demselben Zweck doch mit sich selbst kein Gewerbe treiben oder von sich Gewinn nehmen könne. Nur um die durch das Halten eines Ladens und einer Person, welche die Waaren verabfolge, über die Ankaufskosten der letzteren entstehenden weiteren Kosten, Mankos ꝛc. zu decken, sei die Einrichtung getroffen worden, nicht blos die Selbstkostenpreise, sondern die billigsten Tagespreise von den Mitgliedern zu erheben. Ergebe nun der vierteljährliche Abschluß einen Ueberschuß, so komme dieser den Mitgliedern wieder zu gut, und zwar nicht nach Verhältniß ihrer Einlagen, sondern nach dem der entnommenen Waaren. Dieser Ueberschuß oder sogenannte Dividende fließe also jedem Einzelnen wieder zu und nur ein Bruchtheil werde für unvorhergesehene Fälle zurückbehalten — sogenannter Reservefond — dieses besonders mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868. Hienach könne nicht der geringste Zweifel bestehen, daß es sich um einen Gewerbebetrieb bei dem Ulmer Verein nicht handle. Weitere Berufung auf die Behandlung der Konsumvereine in Preußen, Baiern und Baden, sowie auf ein von dem Stuttgarter Konsumverein in seiner Beschwerdesache wegen Um-

gelds vorgelegtes Gutachten der Juristenfakultät in Tübingen vom 3./12. April 1883.

Ehe das Finanzministerium eine Verfügung traf, ließ es durch die Katasterkommission über das in den andern deutschen Staaten hinsichtlich der Besteuerung von Konsumvereinen bestehende Verhältniß das Nöthige erforschen, und verwarf dann am 17. Oktober 1883 die erhobene Beschwerde in nachfolgenden Erwägungen:

1. Zunächst komme in Betracht, daß nach Art. 1 Ziffer 3 des Staatssteuergesetzes die im Lande betriebenen „Gewerbe jeder Art" der Steuer unterliegen und nur die im Artikel 2 erwähnten hier nicht zutreffenden Steuerbefreiungen bestehen, sowie der Art. 3, welcher noch ausdrücklich hervorhebe, daß die Steuerpflicht eine allgemeine sei und keine nicht im Gesetz begründete Befreiung bewilligt werden dürfe. Nach der Seite der persönlichen Steuerpflichtigkeit habe der Art. 86 bestimmt, daß auch Personen-Gemeinschaften, Rechtspersonen mit den von ihnen betriebenen Gewerben der Steuer unterliegen. Dagegen habe das Gesetz, wie die Reichsgewerbeordnung selbst, davon abgesehen, begrifflich festzusetzen, was als Gewerbe zu betrachten sei. Dieß sei somit im einzelnen Fall nach den thatsächlichen Verhältnissen und nach den im Gesetz bestimmten Merkmalen zu entscheiden. Nach Art. 87 und 89 sei nun Gegenstand der Besteurung der aus dem Arbeitsverdienst und dem Betriebskapital sich ergebende Ertrag an Vermögen. Ein solcher Ertrag sei aber nur da vorhanden, wo ein Dritter für die aufgewendete Arbeit und für die Ueberlassung der mit Kapitals-Aufwand hergestellten Waaren, Einrichtungen u. s. w. Vergütung und Bezahlung leisten solle. Endlich setze das Gesetz voraus, daß der für Dritte gemachte Arbeits- und Kapitalaufwand ein wiederkehrender fortdauernder sein müsse. — cfr. Art. 88. 93. 98.

Hienach habe die Steuerbehörde zu entscheiden, ob ein steuerpflichtiger Gewerbebetrieb vorliege oder nicht, wobei es nicht darauf ankomme, welches der Grund und die Ursache des Betriebs, sowie die Zweckbestimmung und Verwendung des zu erzielenden Ertrags (des Gewinns) sei, und daß somit die inneren Verhältnisse eines Betriebs nicht in Betracht kommen.

2. Der Ulmer Konsum-Verein habe sich als eingetragene Genossenschaft im Sinne des Reichsgesetzes konstituirt, sei sonach (cf. § 11) Rechtsperson mit eigener Handlungsfähigkeit, die sich durch die Vorstände äußere, habe eigenes Vermögen, könne unter ihrer Firma Rechte und Eigenthum erwerben, sowie Verbindlichkeiten eingehen. Dieß gelte nicht nur im Verhältnisse zu Dritten, sondern auch zu den eigenen Mitgliedern des Vereins. Was dieser erwerbe und besitze und durch die Thätigkeit mit den Mitgliedern gewinne, sei rechtlich nicht Eigenthum des einzelnen Mitglieds, sondern des Vereins, was bei dem Ulmer Verein in den §§ 2, 7, 10, 14 der Statuten Ausdruck gefunden habe. Der Verein sei somit eine steuerpflichtige Person im Sinne der Artikel 3 und 86 des Staatssteuergesetzes. Der Verein besitze sodann nach § 5 der Statuten ein durch Einlagen der Mitglieder gebildetes Betriebs-Kapital, bestehend in Geschäfseinrichtungen und Vorräthen, verwende Hilfspersonen und erziele aus deren Thätigkeit und aus den Geschäften mit den Mitgliedern einen Gewinn, der nichts anderes sei, als der Ertrag aus dem Arbeitsverdienst und dem Umsatz des Betriebskapitals. Es treffen sonach alle Voraussetzungen eines steuerpflichtigen Gewerbebetriebs zu. Endlich sei auch der Arbeits- und Kapital-Aufwand des Vereins nach § 2, 8 und 28 der Statuten ein wiederkehrender, fortdauernder.

3. Die Obigem gegenüber in der Beschwerdeschrift des Ulmer Vereins erhobenen Einwendungen seien nicht begründet. Bei dem Einwand, daß eine Person und eine Vereinigung von Personen nicht mit sich selbst Gewerbe treiben und von sich Gewinn nehmen könne, sei übersehen, daß der Verein als solcher und die einzelnen Mitglieder als solche rechtlich und äußerlich verschiedene Persönlichkeiten seien. Die Geschäfte des Vereins mit seinen Mitgliedern fallen unter keinen andern Gesichtspunkt, als die Geschäfte mit Dritten. Die einzelne Waarenabnahme eines Mitglieds von dem Verein gegen Bezahlung sei lediglich ein Kaufsgeschäft und die Behauptung der Beschwerdeschrift unrichtig, daß der Ulmer Verein nur eine zum gemeinschaftlichen Waareneinkauf abgeschlossene Vereinigung sei, um diese Waaren nach dem Bedürfniß der Einzelnen zu vertheilen. Es gebe

Konsum-Vereine, die als Verzehrungsgemeinschaften konstituirt seien, dieß seien aber nicht die nach dem Reichsgesetze vom 4. Juli 1868 errichteten Vereine. Diese seien nach § 11 desselben Rechtspersonen und, da das Steuergesetz auf die Zweckbestimmung eines Geschäftsbetriebs keine Rücksicht nehmen könne, auch Steuersubjekte. Aus der Natur des Konsumvereins als Rechtsperson folge dann auch, daß er an seine Mitglieder die Waaren zum Tagespreis abgebe und hiedurch einen Geschäftsgewinn erziele, womit den Mitgliedern zunächst ihre Einlagen und Guthaben verzinst und sodann ein Reservefond angesammelt werde bezw. werden könne, der nicht den einzelnen Mitgliedern gehöre oder für sie verwendet werde, sondern dessen Ansammlung vorgesehen sei und dessen Verwendung für gemeinnützige Zwecke oder für Erwerbung von Immobilien vorbehalten bleibe. Es sei also bei dem Verein und dessen Geschäften mit den Mitgliedern auf einen, wenn auch mäßigen, Reingewinn und Ertrag abgesehen, der sich von dem Ertrag anderer Gewerbsunternehmungen nicht unterscheide. Wenn der Verein zu besserer Erreichung seiner Zwecke sich als eingetragene Genossenschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit konstituire, könne er sich auch den Folgen nicht entziehen, welche sich in steuerlicher Beziehung unabweislich ergeben. Ueberdieß ermangle jede genügende Kontrole, daß nicht Marken von Mitgliedern an Nichtmitglieder abgegeben und von diesen zu Waarenanschaffungen benützt werden oder daß Mitglieder vom Verein Waaren beziehen und solche an Nichtmitglieder abgeben, wozu die Bestimmung des § 11 der Statuten einen besonderen Anreiz gewähre.

Schließlich rechtfertigte das Ministerium gegenüber früher ergangener abweichender Auffassungen und der Behandlung in andern Staaten seine jetzige Entscheidung damit, daß die früheren Entscheidungen vor dem Staatssteuergesetz von 1873 und dem Reichsgesetz von 1868 ergangen und das Ministerium erst neuerdings zu einer eingehenden Prüfung veranlaßt worden, auch daß die Entscheidung jetzt nicht nach volkswirthschaftlichen und gesetzgeberischen Rücksichten, sondern lediglich nach den bestehenden Bestimmungen des Steuergesetzes vom 28. April 1873 zu treffen gewesen sei.

Die von den Vertretern des Konsumvereins rechtzeitig hiegegen erhobene Rechtsbeschwerde berief sich zunächst hinsichtlich der Behauptung des Ministeriums, daß eingetragene Genossenschaften juristische Personen seien, auf seine Rechtsbeschwerde in der Umgeldsfrage, wo der Ulmer Konsumverein geltend gemacht hatte, daß solche Genossenschaften nur im Verkehr mit Dritten juristische Personen seien, nicht aber im internen Verkehr mit den Mitgliedern, wo nur die Grundsätze der gewöhnlichen Sozietät maßgebend seien. Weiter führte die Rechtsbeschwerde aus, daß, selbst wenn die Ansicht des Ministeriums über die Rechtspersönlichkeit des Vereins richtig wäre, die Entscheidung, daß er ein Gewerbe treibe, um nichts weniger unrichtig sei. Denn das Ministerium nehme als wesentlich bei dem Gewerbe an, daß ein Dritter für die aufgewendete Arbeit und die Ueberlassung der mit Kapitalaufwand hergestellten oder beschafften Waaren, Einrichtungen u. s. w. Vergütung und Bezahlung leiste, m. a. W., daß der Gewerbetreibende von einem Dritten einen Erwerb, einen Gewinn zu machen suche; da es bei dem Ulmer Konsumverein an diesem Merkmal fehle, so betreibe derselbe kein Gewerbe. Eben deßhalb erscheine auch der von dem Ministerium aufgestellte Satz, daß die Zweckbestimmung des zu erzielenden Gewinnes für die Besteuerung unmaßgeblich sei, als falsch und nur mit der Beschränkung richtig, daß, wenn das Vorhandensein eines Gewerbebetriebs feststehe, die Zweckbestimmung des durch das Gewerbe zu erzielenden Gewinns für die Besteuerung nicht in Betracht komme.

Endlich bestritt die Beschwerdeschrift, daß auch an Nichtmitglieder Waaren abgegeben werden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erkannt:

1) Die Verfügung des K. Finanzministerium vom 17. Oktober 1883 nebst Sportelansatz wird außer Wirkung gesetzt;
2) Der Beschwerdeführer ist, so lange er den Geschäftsbetrieb des Vereins auf seine Mitglieder beschränkt, nicht verpflichtet, die Staatsgewerbesteuer zu entrichten.

Gründe. Bei Würdigung der vorliegenden Rechtsbeschwerde mußte Folgendes in Betracht kommen.

Nach dem § 11 des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1868

haben die bei dem Handelsgericht eingetragenen Genossenschaften für ihren innern und äußern Verkehr allerdings eine gewisse stelbständige Rechts- und Geschäfts-Fähigkeit erlangt, es sollte aber damit nur ihr privatrechtliches Verhältniß geregelt und diese Genossenschaften den im Handelsgesetzbuch erwähnten kommerziellen Gesellschaften angereiht werden.

Diese Gesetzesbestimmung kann jedoch für die nach öffentlichem Recht zu würdigende Frage der Steuerpflicht der Konsumvereine allein nicht maßgebend sein, vielmehr muß dabei auch nach § 9 des Reichsgesetzes das durch den Gesellschafts-Vertrag und somit im jetzigen Fall durch das Statut vom 22. Mai 1872 bestimmte innere Rechtsverhältniß der Genossenschafter berücksichtigt werden. Nach diesem können nun die Mitglieder, welche mit ihren Geschäftsantheilen und mit ihrer solidarischen Haftpflicht die Grundlage des Vereins bilden, nicht als diesem gegenüberstehende dritte Personen, wie ein Nichtmitglied, betrachtet werden. Der zwischen dem Verein und seinen Mitgliedern stattfindende Geschäftsverkehr ist vielmehr auch in steuerlicher Hinsicht von anderer Beschaffenheit, als der Verkehr des Vereins mit Nichtmitgliedern.

Nach dem § 2 des Statuts des Ulmer Konsumvereins ist es der Zweck dieser Genossenschaft, „ihren Mitgliedern unverfälschte und gute Waaren für ihren persönlichen und Haushaltungsbedarf zum Tagespreise zu verschaffen und ihnen hiebei Gelegenheit zu geben, Ersparnisse zu erzielen".

Da nun der Anschaffungspreis der Waaren nach der Natur der Sache in der Regel unter dem Tagespreise stehen wird, so ist hienach von vornherein beabsichtigt, daß derjenige nur vorläufig entrichtete Betrag, welcher sich für die von den einzelnen Mitgliedern bezogenen Waaren bei dem Quartalabschluß auch nach Bestreitung der Verwaltungskosten als eine Zuvielzahlung herausstellt, jenen wieder vergütet werde. Es geschieht dieß auch, um eine richtige Vertheilung zu bewirken, nach § 11 des Statuts dadurch, daß der erzielte Ueberschuß an die Mitglieder nach Maßgabe ihres Marken-Bezugs während der betreffenden Rechnungsperiode vertheilt wird. Dieser in der Form der Dividende vertheilte Ueberschuß ist hienach in der Wirklichkeit nichts anderes,

als ein nachträglich für die Waaren bewilligter Rabatt, deſſen Höhe erſt bei dem Quartal-Abſchluß feſtgeſtellt werden konnte.

Als ein wirklicher Gewinn kann er um ſo weniger betrachtet werden, da die Mitglieder nur das zurückerhalten, was ſie im Tagespreis zuviel bezahlt haben, und ſie in der Dividende keine Vermögensbeſtandtheile empfangen, in deren Beſitz ſie zuvor nicht geweſen ſind.

Können hienach die Dividenden der Mitglieder nicht als ein zur Beſteurung ſich eignender effektiver Geſchäftsgewinn betrachtet werden, ſo iſt dieß ebenſowenig bei dem Reſervefond der Fall. Auch dieſer bildet ſich nur aus den Einzahlungen der Mitglieder und iſt nur ein für außerordentliche Fälle angeſammelter Betrag, deſſen jederzeitige Verwendung den Mitgliedern durch die Generalverſammlung zuſteht.

Abgeſehen von Obigem iſt auch ſonſt nicht anzunehmen, daß das Staatsſteuer-Geſetz vom 28. April 1873 derartige nur auf einen innern Geſchäftsbetrieb ſich beſchränkende Genoſſenſchaften und Vereine mit der Gewerbeſteuer belegen wollte.

In der beſonderen Beſtimmung des Art. 92 jenes Geſetzes über die Einſchätzung der Verſicherungsgeſellſchaften iſt in Abſ. 1 bemerkt, daß bei der Beſteuerung nur diejenigen Unternehmungen in Frage kommen, „welche nicht auf Gegenſeitigkeit gegründet, ſondern auf Gewinne berechnet ſind," worunter ebenfalls nur ein Gewinn von Dritten alſo nicht von Geſellſchaftsmitgliedern gemeint ſein kann.

Es iſt hieraus zu folgern, daß eine gleiche Behandlung auch anderen Gegenſeitigkeitsgeſellſchaften und den auf dem Prinzip der Selbſthilfe beruhenden Konſumvereinen, welche nur einen Geſchäftsbetrieb mit ihren Mitgliedern bezwecken, zu Theil werden ſolle, wie dieß auch die mit höherer Genehmigung erlaſſene Vollziehungsverfügung der K. Kataſterkommiſſion vom 13. März 1875 (Sammlung der Staatsſteuergeſetze von 1883 S. 129) in Punkt 7 ausdrücklich anerkannte. Die Freilaſſung ſolcher Vereine war aber auch ſchon vorher in Geltung und hätte deßhalb durch das Staatsſteuergeſetz ausdrücklich beſeitigt werden müſſen. Auch beſtand ſie noch in anderer Hinſicht, bei der Kapitalſteuer, indem ſchon nach Art. 3 A. K. des Einkommen-

steuergesetzes vom 19. September 1852 unter gewissen Voraussetzungen diejenigen Kreditvereine für befreit von der Steuer erklärt wurden, „welche blos den Zweck haben, Kapitalschulden der Gesellschafts-Mitglieder gemeinschaftlich aufzunehmen und nicht auf Gewinn Dritter berechnet sind".

Auch hieran hat die spätere Unterstellung jener Vereine — der Handwerkerbanken, Gewerbe-Banken — unter das Genossenschaftsgesetz nichts geändert.

Anläßlich der Beschwerde einer Gewerbebank wegen ihrer Beiziehung zur Kapitalsteuer, wobei auch die Gewerbesteuer berührt wurde, hat der K. Geheime-Rath in einer Entscheidung vom 29. November 1869 unter anderem bemerkt, daß „die Gewerbebank, welche ihre Geldgeschäfte nur auf ihre Mitglieder beschränke, darum nicht ein steuerpflichtiges Gewerbe betreibe".

cfr. Württ. Archiv von Kübel und Sarwey Band 14 S. 291.

Diese bisherige Nichtbeiziehung solcher, ihren Verkehr nicht über den Kreis ihrer Mitglieder ausdehnenden Genossenschaften steht sodann auch ganz im Einklang mit der unter gleichen Verhältnissen stattfindenden steuerlichen Behandlung derselben in den übrigen deutschen Staaten, bei welchen das Genossenschaftsgesetz ebenso in Geltung steht.

Nach den durch die Katasterkommission dießfalls geschehenen Erhebungen wird in Preußen, Bayern, Sachsen, Baden und Hessen von allen solchen Vereinen keine Gewerbesteuer erhoben. Es hat dieß seit den Erhebungen der Katasterkommission nunmehr auch das bayerische Gewerbesteuergesetz vom 19. Mai 1881 (bayerisches Regierungsblatt S. 502), nachdem bei den vorangegangenen ständischen Verhandlungen obige für die Befreiung sprechenden Gründe erörtert und anerkannt worden waren, in dem § 18 des Gesetzes wiederholt bestimmt.

Ferner hat das Reichsgericht anläßlich eines Straffalls seine Rechtsanschauung in der vorliegenden Sache ebenfalls kund gegeben. In einem Urtheil vom 24. Oktober 1881

vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. V. S. 112

wurde die Frage: „Bedürfen Konsumvereine einer Konzession zum Betrieb eines Kleinhandels mit Branntwein, wenn die

letzteren nur an Mitglieder verkaufen?“ nach den Entscheidungs-Gründen nur deßhalb verneint, weil Konsum-Vereine, die ihre Thätigkeit auf ihre Mitglieder beschränken, kein Handelsgewerbe betreiben, welches stets auf einen Erwerb gerichtet sein müsse, der bei jenen Vereinen nicht stattfinde. Die den Mitgliedern zufließenden Dividenden seien nicht als ein aus einem Handel fließender Erwerb zu betrachten, vielmehr nur als eine Zurückzahlung des von den einzelnen Mitgliedern in Gestalt des Preisaufschlags zuviel bezahlten Beitrags zu den Verwaltungskosten. Auch die in jenem Falle ebenfalls geschehene Berufung auf den § 11 des Genossenschaftsgesetzes hielt das Reichsgericht nicht für begründet, weil damit nur die privatrechtlichen Beziehungen der Genossenschaft zu ihren Mitgliedern und Nichtmitgliedern bestimmt worden seien. Keineswegs folge aber hieraus, daß der Verkauf der Waaren von Seiten des Konsumvereins an seine Mitglieder als ein Kleinhandelsbetrieb im Sinne des § 33 der Reichsgewerbeordnung aufzufassen sei.

Da nach Vorstehendem der bei dem Konsum-Verein in Ulm stattfindende Geschäftsverkehr mit seinen Mitgliedern nicht als ein auf Gewinn berechneter Geschäftsbetrieb betrachtet werden konnte, so mußte so wie geschehen erkannt werden.

XV. Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Strafsenats des K. Oberlandesgerichts.

Strafrecht.

1) Mehrmalige Bestrafung aus § 14 Abs. 2 vgl. (§ 4) des Reichsimpfgesetzes vom 8. April 1874 während Eines Jahres; zuerst Bestrafung aus § 14 Abs. 1, dann aus § 14 Abs. 2 cit. (non bis in idem).

Die Strafkammer des Landgerichts H. als Berufungsgericht stellte fest, daß der Kaufmann B. der ihm am 31. Oktober 1883 zugestellten Auflage des K. Oberamts, sein am 20. Juli 1880 geborenes Kind binnen 10 Tagen impfen zu lassen, nicht nachgekommen sei, und sprach aus, daß derselbe hiedurch sich einer Übertretung im Sinn des § 14 Abs. 2 des Impfgesetzes schuldig gemacht habe, wornach die Strafkammer die gegen das verurtheilende Erkenntniß des Schöffengerichts erhobene Berufung verwarf.

Die hiegegen wegen angeblicher Verletzung der Vorschriften des Impfgesetzes und des Grundsatzes „non bis in idem" eingelegte Revision wurde von dem Strafsenate des K. Oberlandesgerichts durch Urtheil vom 2. April 1884 aus folgenden Gründen verworfen:

„Der Angeklagte hat den Urtheilsgründen zufolge die von ihm eingelegte Berufung zuvörderst auf die Behauptung gestützt, daß nach § 6 des Impfgesetzes die Aufforderung zur Impfung nur in der Zeit vom Anfang Mai bis zu Ende September jeden Jahrs erfolgen dürfe, und schon deßhalb die an ihn ergangene Aufforderung der gesetzlichen Berechtigung entbehre. Allein der angeführte § 6 schreibt die Wahl der bezeichneten Zeit nur für die von dem staatlich zu bestellenden Impfarzt vorzunehmende ordentliche öffentliche Impfung vor. Der § 4

des Impfgesetzes, welcher bestimmt, daß die Impfung, wenn sie ohne gesetzlichen Grund unterblieben, binnen einer von der zuständigen Behörde zu setzenden Frist nachzuholen sei, legt diesem seinem Wortlaute nach diesfalls der Behörde keinerlei Beschränkung auf, indem er irgend eine Zeit für ausgeschlossen erklären würde; und es liegt auch für eine solche einschränkende Gesetzesauslegung überall kein Grund vor, da nach § 2 des Gesetzes ein Impfpflichtiger, welcher nach ärztlichem Zeugniß ohne Gefahr für sein Leben oder für seine Gesundheit nicht geimpft werden kann, der Impfung nicht zu unterziehen ist, solange diese Gefahr besteht.

Ferner hat der Angeklagte die Behauptung aufgestellt, daß das Impfgesetz, welches sich zufolge der §§ 2—8, 10 und 12 immer auf einen jährlichen Turnus, die Impfperiode eines Jahrs, stütze, überhaupt nur höchstens Eine jährliche Bestrafung beabsichtige. Auch diese Behauptung ist irrig. Von den angeführten Paragraphen, insoweit sie eine solche Fristbestimmung enthalten, handelt der § 2 von Unterlassung der Impfung aus einem gesetzlichen Grunde, die §§ 3 und 10 von erfolglos gebliebener Impfung, § 6, wie bereits bemerkt, von der ordentlichen öffentlichen Impfung, die §§ 7 und 8 Abs. 2 schreiben die für die Durchführung der Impfung beziehungsweise für die Beaufsichtigung derselben zu treffenden Anordnungen vor. Alle diese Paragraphen sind daher bei der Verschiedenheit zwischen ihrem Inhalte und dem des § 14 Abs. 2, welcher die zur Anwendung gebrachte strafgesetzliche Bestimmung enthält, sowie dem jenes § 4, der dieser zu Grund liegt, nicht geeignet, die versuchte einschränkende Auslegung des § 14 Abs. 2 zu rechtfertigen, und dieß um so weniger, als diese der Absicht des Gesetzes widerspräche, welches seinen Motiven zufolge durch das allgemein fühlbar gewordene Bedürfniß einer wirksamen Bekämpfung der gefährlichen Blatternkrankheit hervorgerufen worden ist, und dessen § 4 von den Motiven mit der Bemerkung begründet wird;

> „Für den Fall, wo eine Impfung ohne hinlänglichen Grund unterlassen ist, war die Bestimmung der Frist zu deren Nachholung dem Ermessen der Behörde vorzu-

behalten, welche in der Lage sein muß, einer etwaigen absichtlichen Uebertretung der gesetzlichen Vorschrift mit Entschiedenheit zu begegnen."

Ist hiernach anzunehmen, daß bei fortgesetzter Weigerung gemäß § 4 zur Nachholung einer ohne gesetzlichen Grund unterbliebenen Impfung auch mehr als einmal im Jahre eine Frist gesetzt werden kann und soll, so muß auch angenommen werden, daß im Fall der Nichtbeachtung der mit der wiederholten Frist verbundenen Aufforderung gemäß § 14 Abs. 2 auch wiederholte Bestrafung, wenngleich in Einem Jahre, zu erfolgen hat.

Der Angeklagte hat weiter geltend gemacht, daß seine Verurtheilung auf einer Verletzung des Gesetzes insofern beruhe, als die Rechtsnorm, wonach wegen einer und derselben Handlung eine mehrmalige Bestrafung nicht statthaft ist, nicht richtig angewandt, beziehungsweise außer Beachtung geblieben sei. Er hat dieß durch die Ausführung zu begründen gesucht, daß er wegen Übertretung des Impfgesetzes durch oberamtliche Strafverfügung vom $^{10}/_{31}$. Oktober vor. Js. bestraft worden, daß seine Übertretung aus einer Einheit der Handlung und des Willens bestehe, und es nach den Grundsätzen des Strafrechts unmöglich sei, den widerrechtlichen Zustand in verschiedene Abschnitte zu zerlegen und ihn, den Angeklagten, wegen dieser nämlichen Übertretung wiederholt zur Strafe zu ziehen. Von einer Verletzung des bezeichneten Rechtsgrundsatzes kann jedoch schon darum keine Rede sein, weil das angefochtene Strafurtheil und die diesem vorausgegangene polizeiliche Strafverfügung keineswegs eine und dieselbe That, einen und denselben gesetzlichen Thatbestand zum Gegenstande haben. Das angefochtene Urtheil bestraft den Angeklagten aus § 14 Abs. 2 des Impfgesetzes, weil er ohne gesetzlichen Grund und trotz erfolgter amtlicher Aufforderung die Impfung seines Kindes herbeizuführen unterlassen habe; die vorherige polizeiliche Strafverfügung aber hat ihn aus § 14 Abs. 1 bestraft, weil er den ihm als Vater obliegenden Nachweis der erfolgten oder aus einem gesetzlichen Grunde unterbliebenen Impfung seines Kindes zu führen unterlassen habe. Die ihm zur Last fallende Unterlassung ist sonach im ersten Falle eine andere, als im zweiten und demgemäß ist bei derselben auch die jener zu Grund liegende Willens-

richtung eine verschiedene. Es kann auch dem Gesetz gegenüber nicht von Einem widerrechtlichen Zustand, welcher durch eine zweimalige Bestrafung auf unzulässige Weise in verschiedene Abschnitte zerlegt werde, gesprochen werden; denn, will man das Unterlassen des Angeklagten nach der Wirkung desselben in's Auge fassen und diese als einen Zustand bezeichnen, so muß man von zwei durch die beiderlei Unterlassungen geschaffenen rechtswidrigen Zuständen reden. Der ersten Bestrafung würde der Angeklagte auch dann verfallen sein, wenn die Impfung seines Kindes nicht —, oder wenn sie aus einem gesetzlichen Grunde unterblieben wäre, und er lediglich die amtlich erforderte Führung des Nachweises schuldhaft unterlassen hätte. Die bezüglichen Vorschriften der §§ 12 und 14 Abs. 1 bezwecken unmittelbar nur, die vom Gesetz angeordnete Überwachung der Erfüllung der gesetzlichen Impfpflicht zu ermöglichen. Die Übertretung derselben ist daher mit anderer, und zwar leichterer Strafe bedroht, als die Nichterfüllung der Impfpflicht selbst. Die Verschiedenheit der beiden Thatbestände wird dadurch nicht aufgehoben, daß die Unterlassung der Nachweisführung meistens aus der Unterlassung der Impfpflichterfüllung mit Nothwendigkeit hervorgeht, noch auch dadurch, daß gemeiniglich beide Übertretungen in der Abneigung gegen das Impfen oder in dem Widerstreben gegen den Impfzwang, also in dem gleichen Beweggrund, ihre Quelle haben. — Die Aufstellung des Beschwerdeführers, daß seine Bestrafung aus dem ersten Absatz des § 14 seine nochmalige Bestrafung aus dem zweiten Absatze dieses Paragraphen ausschließe, erscheint auch aus dem weiteren Grunde als unhaltbar, weil, wie aus der Vorschrift des § 4 und weiterhin aus der Gesammtheit der Bestimmungen des Impfgesetzes und dessen Entstehungsgeschichte sich ergiebt (vgl. Entscheidung des Strafsenats vom 2. Dezember 1880 im Württb. Gerichtsblatt Bd. XVIII. S. 285 ff.), selbst durch eine abermalige Bestrafung eines Vaters aus Absatz 2 des § 14 wegen Nichtbeachtung einer in Beziehung auf Ein Kind desselben auf Grund des gesetzlichen Gebots wiederholt an ihn erlassenen amtlichen Aufforderung der Grundsatz, daß für eine und dieselbe strafbare Handlung oder Unterlassung nur einmal Strafe erkannt werden darf, nicht verletzt wird. Hiernach ist auch dieser Angriff hinfällig."

2) Zur Auslegung des § 113 des Strafgesetzbuchs und des Art. 12 des Gesetzes vom 18. August 1879, betreffend die Zwangsvollstreckung wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche. Rechtmäßige Ausübung des Amts; Beauftragung eines Amts- und Polizeidieners mit dem Vollzug der Zwangsvollstreckung.

Durch Berufungsurtheil der Strafkammer I. des Landgerichts St. vom 25. Januar 1884 wurde die Ehefrau des Taglöhners St. von Möglingen wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt und Unterschlagung zu siebenwöchigem Gefängniß, worunter vier Tage Gefängniß für das erstere Vergehen verurtheilt.

Auf die von der Angeklagten erhobene Revision wurde durch Erkenntniß des Straffenats des K. Oberlandesgerichts vom 11. Juni 1884 das Urtheil voriger Instanz, soweit hierin die Angeklagte wegen eines Vergehens des Widerstands gegen die Staatsgewalt verurtheilt worden ist, sammt der zu Grund liegenden thatsächlichen Feststellung wie auch bezüglich der erkannten Gesammtstrafe aufgehoben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an die vorige Instanz zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

1) Nach der Feststellung des Gerichts voriger Instanz erhielt am 14. Juni v. J. der Amts- und Polizeidiener J. von Möglingen von dem Schultheißen dieser Gemeinde, welch letzterer seitens des Amtsgerichts Ludwigsburg mit der „Beitreibung" einer Gerichtskostenschuld der Angeklagten beauftragt war, den Befehl, die „Zwangsvollstreckung" gegen die Angeklagte an seiner Stelle zu vollziehen; J. begab sich demgemäß in die Wohnung der Angeklagten, theilte ihr den Zweck seines Kommens mit, zeigte ihr den Vollstreckungsbefehl vor, und als die Angeklagte zur sofortigen Zahlungsleistung nicht bereit war, schickte er sich an, mit der Vollstreckung, mittelst Pfändung beweglicher körperlicher Sachen, zu beginnen und zu diesem Behuf eine Bühnekammer zu öffnen, worauf ihm die Angeklagte den in den Urtheilsgründen näher bezeichneten Widerstand geleistet hat.

Eine thatsächliche Feststellung in der Richtung, ob der Schultheiß selbst von dem Amtsgericht in etwaiger analoger

Anwendung des Abſ. 1 des Art. 12 des Geſetzes vom 18. Auguſt 1879, betreffend die Zwangsvollſtreckung wegen öffentlich rechtlicher Anſprüche, mit der „Ausführung" der Vollſtreckung oder vermöge der extenſiven Auslegung des Abſ. 2 des angeführten Art. 12 mit der „Erwirkung des Vollzugs" beauftragt worden war, hat das Gericht voriger Inſtanz nicht vorgenommen. Es geht davon aus, daß dem Schultheißen im Sinne des Abſ. 2 des Art. 12 die „Erwirkung des Vollzugs" mittelſt Pfändung beweglicher körperlicher Sachen obgelegen habe, und folgert aus dem Wortlaut dieſes Abſ. 2 einerſeits, daß der Schultheiß nicht, wie im Falle des Abſ. 1 anzunehmen wäre, verpflichtet geweſen ſei, der Ausführung der Vollſtreckung in eigener Perſon (der Eintritt des geſetzlichen Stellvertreters des Schultheißen bleibt hier außer Betracht) ſich zu unterziehen, und andererſeits, daß der Schultheiß berechtigt geweſen ſei, den ihm untergebenen Amts- und Polizeidiener als ſolchen mit der Ausführung der Vollſtreckung an ſeiner Stelle zu beauftragen.

Unrichtig wird in der Begründung der Reviſion, indem ſie gleichfalls von der Anwendbarkeit des Abſ. 2 des Art. 12 des Geſetzes vom 18. Auguſt 1879 ausgeht, behauptet, daß nach dieſer geſetzlichen Beſtimmung den Ortsvorſtehern in Beziehung auf die Bewerkſtelligung der Zwangsvollſtreckung durch Pfändung beweglicher körperlicher Sachen, beziehungsweiſe durch Erwirkung der Herausgabe von im Gewahrſam des Schuldners befindlichen Sachen (Art. 3 Abſ. 3 des Geſetzes) jede Befugniß der Subſtituirung verſagt ſei. Angeſichts der in den größeren Gemeinden beſtehenden Verhältniſſe konnten die geſetzgebenden Faktoren nicht beabſichtigen, die Bewerkſtelligung dieſer Zwangsvollſtreckung in den zahlreichen unter Art. 10 ff. des Geſetzes gehörigen Fällen zur ausſchließlichen Amtsobliegenheit des Ortsvorſtehers zu machen. Bereits nach Art. 14 Abſ. 1 und Art. 30 Abſ. 1 des Geſetzes vom 13. November 1855, betreffend einige Abänderungen und Ergänzungen des Exekutionsgeſetzes, konnte (vorbehältlich der Beſtimmung in Art. 14 Abſ. 2: „die Anſtalten zum Verkauf der ausgepfändeten Gegenſtände trifft der Ortsvorſteher") der Ortsvorſteher mit dem Vollzug der Exekution in Beziehung

auf baares Geld, Naturalvorräthe oder andere bewegliche Gegenstände .... ein Mitglied des Gemeinderaths oder einen anderen hiefür verpflichteten Gemeindebeamten beauftragen und die Materialien zur Auslegung des Gesetzes vom 18. August 1879 geben keinerlei Anhalt für die Annahme, daß diese Ermächtigung den Ortsvorstehern habe entzogen werden wollen. Die technische Bezeichnung des Gesetzes für die Ausführung der Pfändungshandlung ist auch nicht der Ausdruck „Erwirkung des Vollzugs", sondern gemäß Art. 3 Abs. 3 der Ausdruck „Bewerkstelligung der Zwangsvollstreckung" und die in Abs. 2 des Art. 12 dem Ortsvorsteher beigelegten Befugnisse reichen weiter als diejenigen Befugnisse, welche ihm im Falle des Abs. 1 dieses Art. zustehen.

Der Abs. 2 des Art. 12 kann und muß daher aus Art. 8 Abs. 2 des Gesetzes dahin ergänzt werden, daß „zur Ausführung der Zwangsvollstreckung der Ortsvorsteher oder ein von ihm zu beauftragender Gemeinderath, Gemeindebeamter oder Kommissär zuständig" ist.

Dagegen rechtfertigt die Feststellung des Gerichts voriger Instanz, daß der Gemeindebeamte J., dem gegenüber die Angeklagte den Widerstand geleistet hat, Amts- und Polizeidiener der Gemeinde Möglingen ist, nicht ohne Weiteres die Annahme, daß J. von dem Schultheißen für die Vornahme der Pfändung substituirt werden konnte. Gleich dem Art. 8 Abs. 2 ist der Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes vom 18. August 1879 dahin auszulegen, daß der Ortsvorsteher mit der Ausführung der Pfändung nur einen „hiefür verpflichteten" Gemeindebeamten, d. h. einen vom Gemeinderath (vergl. § 44 des Verwaltungs-Edikts vom 1. März 1822) hiefür bestellten Gemeindebeamten — der Fall der Beauftragung eines Mitglieds des Gemeinderaths und der Bestellung eines besonderen Komissärs wegen außergewöhnlicher Umstände bleibt hier außer Betracht — beauftragen kann. Die Materialien zur Auslegung der Art. 8 und 12 des Gesetzes vom 18. August 1879 geben keinen Anhalt für die Annahme, daß in dieser Beziehung die oben angeführte Bestimmung der Exekutions-Novelle vom 13. November 1855 hätte geändert werden wollen; sie bekunden vielmehr das Bestreben, das bestehende Recht soweit thunlich beizubehalten. Auch ist in

Art. 3 Abs. 3 des Gesetzes die Befugniß des Bezirksamts, mit der Bewerkstelligung der Pfändung „anstatt des Ortsvorstehers einen anderen Gemeindebeamten zu beauftragen", ausdrücklich auf die Beauftragung eines hiefür verpflichteten Gemeindebeamten mit der Ausdrucksweise des Art. 14 Abs. 1 der Exekutions-Novelle beschränkt und ist diese Beschränkung in Art. 12 Abs. 1 des Gesetzes vom 18. August 1879 durch die Verweisung auf Art. 3 Abs. 3 desselben wiederholt. Aus welchem Grunde die gesetzgebenden Faktoren sich hätten veranlaßt sehen sollen, für die Fälle des Art. 8 Abs. 2 und des Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes das Erforderniß der Bestellung des Gemeindebeamten für die Geschäfte der Zwangsvollstreckung fallen zu lassen und somit in dieser Beziehung den Ortsvorstehern größere Befugnisse als den ihnen vorgesetzten Behörden einzuräumen, ist nicht abzusehen. In der That sind, da nach Art. 13 des Gesetzes vom 18. August 1879 in Verbindung mit Art. 6, beziehungsweise Art. 8 Abs. 2 desselben die Vollstreckung unter entsprechender Anwendung der Vorschriften des achten Buchs der Civilprozeßordnung und des Ausführungsgesetzes zu derselben erfolgt, insbesondere auch durch die auf Grund des Gesetzes vom 18. August 1879 bewirkten Pfändungen beweglicher körperlicher Sachen ein Pfändungspfandrecht dem Gläubiger verschafft wird und in fernerer Abweichung von dem früheren Recht die Ermächtigung zur Vornahme der Pfändung von der Ermächtigung zur Verwerthung der gepfändeten Sachen nicht geschieden ist, die Dienstobliegenheiten des Pfändungsbeamten im Sinne des Art. 3 Abs. 3 des Gesetzes vom 18. August 1879 nicht von solcher Beschaffenheit, daß zur Vertretung des Ortsvorstehers in dieser Funktion jede Person, welcher die Eigenschaft eines Gemeindebeamten in der weiten Bedeutung dieses Worts beigelegt werden kann, geeignet wäre. Das Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. Januar 1879 hat denn auch in Art. 32 vorgeschrieben, daß für den Gerichtsvollzieher ein Stellvertreter durch Wahl des Gemeinderaths zu bestellen ist, welche Wahl überdieß der Bestätigung des Amtsrichters unterliegt. Hienach muß angenommen werden, daß in Art. 8 Abs. 2 des Gesetzes, woraus der Abs. 2 des Art. 12 zu ergänzen ist, der Ausdruck

„Gemeindebeamter" als gleichbedeutend mit dem in Art. 3 Abs. 3, beziehungsweise auch Art. 12 Abs. 1 gebrauchten Ausdruck „hiefür verpflichteter Gemeindebeamter" zu verstehen ist, gleichwie in Art. 8 Abs. 2 des Gesetzes vom 18. August 1879 auch die knappe Ausdrucksweise „zu beauftragender . . . Kommissär" als gleichbedeutend mit der in Art. 3 Abs. 3 gebrauchten vollständigen Ausdrucksweise „einen besonderen Kommissär für die Erledigung des Vollstreckungsauftrags aufstellen" zu verstehen ist.

Zu den Dienstobliegenheiten eines Amtsdieners, wie nicht minder eines Polizeidieners einer württembergischen Gemeinde gehört die Ausführung von Pfändungen beweglicher körperlicher Sachen im Sinne des Art. 3 Abs. 3 des Gesetzes vom 18. August 1879 im Hinblick auf den Inhalt der entsprechend anzuwendenden Bestimmungen des achten Buchs der Civilprozeßordnung (§§ 708—728, vergl. auch §§ 673, 678 ff., 691 ff.) und des Ausführungsgesetzes zu derselben nicht; in der Anstellung als Amts- und Polizeidiener ist die Bestellung zur Ausführung solcher Vollstreckungsgeschäfte nicht mit enthalten und von dem Ortsvorsteher in Möglingen konnte daher dem dortigen Amts- und Polizeidiener J. ein zur Pfändung bei der Angeklagten ermächtigender Auftrag nicht ertheilt werden, es wäre denn, daß J. neben den ordentlichen Dienstobliegenheiten seines Amts auch für die Ausführung solcher Pfändungen von Gemeinderathswegen bestellt war. Andernfalls mußte die von ihm vorgenommene Pfändung nicht nur des strafrechtlichen Schutzes des § 137 des St.GB entbehren, sondern auch mit dem civilrechtlichen Mangel der Nichtigkeit behaftet sein.

2) Nicht durchschlagend ist aber auch der zweite Entscheidungsgrund des Gerichts voriger Instanz, daß selbst dann, wenn die Beauftragung des J. mit der Ausführung der Zwangsvollstreckung gegen Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes vom 18. August 1879 verstöße, die hiedurch hervorgerufene Amtsausübung dieses Vollstreckungsbeamten aus dem Grunde nicht unrechtmäßig wäre, weil derselbe dem Befehl des Schultheißen Gehorsam zu leisten verpflichtet gewesen sei. Zweifellos gehört zwar der Amts- und Polizeidiener J. zu den durch § 113 des StGB. gegen Widerstandsleistung geschützten Vollstreckungsbeamten, allein die Aus-

führung von Pfändungen beweglicher körperlicher Sachen gemäß dem Gesetze vom 18. August 1879 fällt nach dem bereits Bemerkten so wenig als die Ausführung solcher Pfändungen auf Grund eines vollstreckbaren Titels der Civilprozeßordnung und des Ausführungsgesetzes zu derselben in den Bereich derjenigen Vollstreckungshandlungen, zu deren Vornahme der Amts- und Polizeidiener vermöge dieses seines Gemeindeamts berufen ist. Die Ausführung solcher Pfändungen ist vielmehr von den Dienstobliegenheiten dieses seines Gemeindeamts wesentlich verschieden und die Eigenschaft eines zur Ausführung solcher Pfändungen zuständigen Beamten, das Berufensein zur Ausführung solcher Pfändungen, kann ihm durch den Befehl des Schultheißen, an seiner Stelle die Vollstreckung in seiner Eigenschaft als Amts- und Polizeidiener vorzunehmen, nicht verliehen werden. Das Revisionsgericht vermag hienach nicht anzunehmen, daß der Amts- und Polizeidiener J., indem er in Ausführung des erhaltenen Befehls gegenüber der Angeklagten zur Pfändung beweglicher körperlicher Sachen zu schreiten sich anschickte, auch wenn er — was hier dahingestellt bleibt — diesem Befehle des Schultheißen wie in seinen Dienstgeschäften als Amts- und Polizeidiener zu gehorchen hatte, in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes sich befunden habe (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Band I Seite 26 — und Rechtsprechung des Reichsgerichts Band III. Seite 341 ff.), es wäre denn, daß J., wie oben bemerkt, zugleich für die Ausführung solcher Pfändungen von Gemeinderathswegen bestellt war.

In dieser Beziehung hat das Gericht voriger Instanz, indem es dem § 113 des StGB. in Verbindung mit Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes vom 18. August 1879 eine zu weite Auslegung gegeben hat, eine thatsächliche Feststellung nicht vorgenommen. Es ist daher sammt der zu Grunde liegenden thatsächlichen Feststellung der dießbezügliche Theil des Urtheils aufzuheben und die Sache zu nochmaliger Verhandlung und Entscheidung an die vorige Instanz zurückzuverweisen.

K.

XVI. Mittheilungen aus der Rechtsprechung des K. Verwaltungsgerichtshofs.

Von Herrn Reg.Rath Freiherrn **G. v. Wächter.**

Fortsetzung [1]).

Korporationssteuerpflicht zweier Gebäude der Militärverwaltung. Auslegung des Schlußsatzes des § 3 des Gesetzes vom 15. Juli 1821, die Herstellung eines provisorischen Steuerkatasters betreffend.

Urtheil vom 16. November 1881.

Amtskörperschaft und Stadtgemeinde Ludwigsburg, Klägerin, Berufungsklägerin, gegen Militärverwaltung, Beklagte, Berufungsbeklagte.

Das Katastergesetz von 1821 hatte von der Allgemeinheit der Steuerpflicht ausgenommen in § 3 Abs. 1

a) das Eigenthum des Staats an Gebäuden, Grundstücken und Gefällen,

d) diejenigen Gebäude der inländischen Stiftungen, Gemeinden und anderer Korporationen und Privaten, welche zu öffentlichen Zwecken bestimmt sind, ohne denselben einen ökonomischen Nutzen abzuwerfen,

g) die Wege, Straßen, Markt- und andere öffentliche Plätze, Spaziergänge, Begräbnißplätze ꝛc.

übrigens mit der Bestimmung im Schlußsatze des § 3,

daß jene Verbindlichkeit fortdauere, welcher einzelne der genannten Realitäten zur Theilnahme an den Amts- oder Kommunanlagen bisher unterworfen gewesen.

In dem Neusteuerbarkeitsgesetze vom 18. Juni 1849 Art. 8 wurden sodann von der Amts- und Gemeindesteuer, ihres Verbandes mit den Körperschaften ungeachtet, für befreit erklärt:

1. alle Gebäude und Grundstücke, welche ihrer Hauptbestimmung nach zu den öffentlichen Zwecken dienen,

1) S. oben S. 231 ff.

ohne dem Eigenthümer einen ökonomischen Nutzen abzuwerfen. —

und diese Ausnahme von der Steuerpflicht bezüglich der Amtskörperschafts- und Gemeindesteuern hielt neben derjenigen des Gesetzes über die Besteurung der Amtswohnungen vom 5. Oktober 1855 auch das Gesetz vom 23. Juli 1877, betreffend die Besteurungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden, in Art. 2 Absatz 1 aufrecht, wieder übrigens mit der Bestimmung in Absatz 2:

daß die Verbindlichkeit zur Theilnahme an Amts- und Gemeindeanlagen, welcher einzelne Gegenstände auf Grund des Schlußsatzes des § 3 des Gesetzes vom 15. Juli 1821 bisher unterworfen geblieben, fortbestehe.

Aus Anlaß des gedachten Gesetzes von 1877 waren auch mehrere der Militärverwaltung zu Ludwigsburg zustehende bisher nur amts- und gemeindesteuerpflichtige Realitäten neu einzuschätzen, wobei sich unter den Betheiligten hinsichtlich der Steuerpflicht mehrerer Gebäude Anstände ergaben. Diese Gebäude sind:

1) Das Haus Lit. A. Nr. 93, früher Postgebäude, jetzt Arsenalplatz Nr. 1. Dieses altsteuerbare Gebäude hatte die Militärverwaltung durch Vertrag vom 30. April 1855 aus Privathänden erworben, wobei Punkt 4 der Kaufsbedingungen bestimmt hatte, die Steuern und andere öffentliche Abgaben habe der Käufer vom 1. Juli 1855 an auf sich zu übernehmen. Im Jahre 1867 wurde das Gebäude umgebaut und ist jetzt eine auf dem Arsenalplatz stehende Kaserne.

2) Das zweite Gebäude ist das früher Weiglesche Haus, Schorndorferstraße Nro. 48, welches die Militärverwaltung durch Vertrag vom $^{4}/_{24}$. Mai 1871 gleichfalls aus Privathänden erwarb mit derselben Bestimmung hinsichtlich der Steuern vom 1. Juli 1871 ab, wie oben, und zu einem Garnisonslazareth, zur Kanzlei des Traindepots und zu einigen Dienstwohnungen verwendete.

In dem allgemeinen, die sämmtlichen in Frage stehenden Realitäten betreffenden Erlasse der Katasterkommission vom 6. November 1878 wurde nun unter Punkt III. ausgeführt:

Für die Beitragspflicht von früher nicht exemten Gebäuden, welche nach Erlassung des Gesetzes von 1821 vom Staate erworben worden, seien die (oben angeführten) Vorschriften desselben in § 3 Abs. 1 lit. d, sowie für Grundsteuerbefreiungen die Vorschriften des § 3 Abs. 1 lit. g maßgebend, da die Vorschriften des § 3 Abs. 1 nach seiner Fassung und Anwendung in der Praxis nicht blos auf die Staatssteuer, sondern auch auf die Körperschaftssteuer zu beziehen seien, soweit es sich um objektive Steuerbefreiungsgründe handle. Ein solches vom Staate nach 1821 erworbenes Gebäude sei bis 1849 (dem Erscheinen des Neusteuerbarkeitsgesetzes) von der Allgemeinheit der Steuerpflicht aus dem subjektiven Befreiungsgrunde des § 3 lit. a des Gesetzes (als Staatseigenthum) ausgenommen gewesen, mit dem 1. Januar 1849 habe diese subjektive Steuerbefreiung aufgehört, es sei daher die Steuerpflichtigkeit eingetreten, sofern nicht einer der objektiven Steuerbefreiungsgründe der litera d zutreffe; ebenso sei nach 1849 Steuerfreiheit eingetreten, wenn ein solches Gebäude zu einem der in litera d bezeichneten Zwecke verwendet worden.

Weiter wird bemerkt, daß die beiden Gebäude lit. A. Nr. 93 mit a, b und c frühere Post, und lit. D Nr. 37 mit a und b (das Weiglesche Haus), deren Katastrierung beantragt worden, in das Kataster nicht aufgenommen werden können.

Gegen diesen Bescheid erhoben die Vertreter der Amtskörperschaft und Stadt Ludwigsburg am $^{6}/_{7}$. Dezember 1879 eine an das Ministerium des Innern gerichtete Beschwerde, nach deren Vorlegung ihnen die Katasterkommission mit Erlaß vom 16. Januar 1880 eröffnen ließ, es könne der Beschwerde keine entsprechende Folge gegeben werden, weil nach einem von dem Ministerium des Innern in einem ähnlichen Falle ertheilten Bescheide zu einer im Sinne des Art. 9 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 wirksamen Katastrirung erst dann rechtlich Anlaß gegeben sei, wenn die vom Gemeinderath behauptete Steuerpflicht auf eine ihm nach Art. 10 Ziffer 7 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1876 zustehende Klage

durch rechtskräftiges verwaltungsrichterliches Erkenntniß ausgesprochen sein werde.

Am 3. März 1880 lief hierauf bei der Kreisregierung eine gegen die k. Militärverwaltung gerichtete Klage der Amtskorporation und Stadtgemeinde Ludwigsburg ein, worin gebeten wurde, zu erkennen, es sei Beklagte neben Bezahlung aller Kosten verbunden, die Korporationssteuerschuldigkeit im Sinne des Gesetzes vom 23. Juli 1877, Art. 2, Absatz 2 von den genannten beiden Gebäuden anzuerkennen. Zur Begründung wurde ausgeführt: Beide Gebäude seien altsteuerbar gewesen und auch nach den Jahren 1855 bezw. 1871, wo sie aus bürgerlichem Besitz an die Militärverwaltung übergegangen, noch zur Corporationssteuer auf Grund des Schlußsatzes des § 3 des Katastergesetzes von 1821 beigezogen worden. Der Besteuerungsanspruch werde auf Art. 2, Absatz 2 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 gegründet, weil die Gebäude trotz ihrer jetzigen Verwendung zu militärischen Zwecken als altsteuerbare Realitäten im Sinne des § 3 Schlußsatz des Gesetzes von 1821 betrachtet werden. Wie auch der Verwaltungsgerichtshof in Sachen der Gemeinde Eglosheim gegen die Militärverwaltung wegen eines Exerzierplatzes am 13. März 1878 ausgesprochen, beziehe sich der Art. 8, Ziffer 1 des Neusteuerbarkeitsgesetzes nur auf die erst in Folge dieses Gesetzes dem Amts- und Gemeindeverband einverleibten sog. neusteuerbaren Realitäten, nicht auf die schon früher in diesem Verband gestandenen Objekte, hinsichtlich welcher vielmehr die über die Besteuerung geltenden früheren Normen, namentlich die Vorschrift des Gesetzes von 1821 § 3 letzter Absatz, bestehen geblieben seien, und nach Art. 2, Absatz 1 des sog. Anpassungsgesetzes vom 23. Juli 1877 solle die Verbindlichkeit zur Theilnahme an Amts- und Gemeindeanlagen, welcher einzelne Gegenstände auf Grund des Schlußsatzes des § 3 des Katastergesetzes von 1821 bisher unterworfen geblieben, noch fortbestehen; die Gesetzgebung sei hiebei davon ausgegangen, daß alle bis zum Erscheinen des Gesetzes vorgekommenen Verwendungen altsteuerbarer Realitäten, also Grundstücke und Gebäude, zu öffentlichen Zwecken noch nach dem Schlußsatze des § 3 des Gesetzes von

1821 zu behandeln seien und erst für die Zukunft ein Unterschied zwischen alt- und neusteuerbaren Flächen wegfallen solle.

Der Vertreter der Militärverwaltung bat um kostenfällige Abweisung der Kläger. Er bestritt, daß der klägerische Anspruch in Art. 2, Abs. 2 des Gesetzes von 1877, bezw. in dem Schlußsatze des § 3 des Gesetzes von 1821 seine Begründung finde. Seien auch die fraglichen theilweise zu Dienstwohnungen verwendeten Gebäude vor 1821 errichtet und erst 1855 bezw. 1871 für die Militärverwaltung erworben worden, mithin an sich als altsteuerbar zu betrachten (wiewohl sie im Jahr 1873 bezw. 1859 exkataſtrirt worden), so treffen doch die angeführten Gesetzesbestimmungen bei denselben deßhalb nicht zu, weil ein zu öffentlichen Zwecken bestimmtes, dem Eigenthümer keinen ökonomischen Nutzen abwerfendes Gebäude schon nach § 3, lit. d des Gesetzes von 1821 weder der Staats- noch der Korporationssteuer unterliege. Es sei dies ein von lit. a wohl zu unterscheidender objektiver Steuerbefreiungsgrund, der auch nach 1849 in Geltung geblieben und überall Platz greife, wo ein bisher altsteuerbar gewesenes Gebäude zu öffentlichen Zwecken verwendet werde. Hiegegen lasse sich aus der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 13. März 1878 deswegen nichts ableiten, weil es sich in jenem Falle um ein Grundstück gehandelt habe, während die Bestimmung des Steuerobjekts für öffentliche Zwecke nach dem Gesetz von 1821, § 3, lit. d vgl. mit lit. g nur bei Gebäuden Steuerfreiheit begründe. Berufung auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 7. April 1880 in Sachen der Stadt Stuttgart gegen die Gebäudeversicherungsanstalt (Amtsbl. des Min. d. Innern von 1880. S. 181).

In der Replik der Klägerinnen wurde hinsichtlich der in den Gebäuden als Dienstwohnungen benützten Räumlichkeiten die Steuerfreiheit im Sinne des Gesetzes vom 5. Oktober 1858 zugegeben, im Uebrigen aber darauf sich berufen, daß die Beklagte die Steuerpflicht der beiden Gebäude in den Kaufverträgen anerkannt habe. Bei der mündlichen Verhandlung verständigten sich die beiderseitigen Anwälte darüber, daß die Frage, ob die im Weigle'schen Haus eingeräumten Wohnungen als Dienstwohnungen im Sinne des Ge-

ſetzes vom 5. Oktober 1858 zu betrachten ſeien, im gegenwärtigen Streit ganz außer Betracht bleiben ſolle.

Am 26. März 1881 wies die Kreisregierung die Klage als unbegründet ab. Die rechtzeitig eingekommene Berufungsſchrift ſowie die Vernehmlaſſung enthielten nichts Neues.

Zur Aeußerung über die beklagter Seits behauptete Exkataſtrirung der Gebäude im Jahre 1873 bezw. 1859 erklärte der Bevollmächtigte der Klägerinnen: Bei dem ehemaligen Poſtgebäude ſei allerdings 1859 irrthümlich vom Gemeinderathe eine Exkataſtrirung vorgenommen und ſeien der Militärverwaltung die pro 1857/59 bezahlten Steuern zurückerſtattet worden, im Jahre 1860 aber habe der Gemeinderath, auf ſeinen Irrthum aufmerkſam geworden, die Neukataſtrirung des Gebäudes und Wiedererſtattung der zurückgegebenen Steuern verlangt, welchem Verlangen auch die Arſenalverwaltung ſofort ſtatt gegeben habe, die Steuerpflicht des Gebäudes anerkennend. Eine Exkataſtrirung des Weigleſchen Hauſes habe nicht ſtattgefunden.

Der Vertreter der Bekl. erklärte das klägeriſche Vorbringen bezüglich des vormaligen Poſtgebäudes für im Weſentlichen richtig, beſtritt aber die Anerkennung der Steuerpflicht durch die Militärverwaltung mit dem Anfügen, daß das Gebäude im Jahre 1873, nachdem es an die Garniſonsverwaltung als Kaſerne übergegangen, abermals exkataſtrirt und bis jetzt nicht wieder kataſtrirt worden ſei, auch daß daſſelbe vom Weigle'ſchen Hauſe gelte, welches ſeit 1873 zu kriegsärariſchen Zwecken diene; von beiden Gebäuden werde ſeit 1873 keine Steuer mehr bezahlt.

Der Verwaltungsgerichtshof wies die Klägerinnen unter Beſtätigung des Urtheils der Kreisregierung koſtenfällig ab.

Gründe:

1) Nach Art. 2, Abſ. 2 des Geſetzes vom 23. Juli 1877 (Reg.-Bl. S. 199) über Beſteuerungsrechte der Amtskörperſchaften und Gemeinden haben die Kläger die Korporationsſteuerpflicht der im Beſitze der Militärverwaltung befindlichen früher altſteuerbaren, aber erſt in den Jahren 1855 beziehungsweiſe 1871 erworbenen Gebäuden zu Ludwigsburg, und zwar Lit. A

Nr. 93, a, b und c, nun Arsenalplatz Nr. 1, das frühere Postgebäude, jetzt Kaserne, und Lit. D Nr. 37 a und b, nun Schorndorfer Straße Nr. 48, das früher Weigle'sche Haus, jetzt Garnison-Lazareth und Kanzlei des Train-Depots geltend gemacht, obgleich diese Gebäude nach ihrer Hauptbestimmung unbestritten zu öffentlichen Zwecken dienen und daher nach Art. 2, Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Juli 1877, beziehungsweise nach Art. 8 des sog. Neusteuerbarkeitsgesetzes vom 18. Juni 1849 (Reg.-Bl. S. 207) an sich der Korporationssteuerpflicht nicht unterliegen würden. Nach der Vorschrift des Abs. 2 des Art. 2 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 soll allerdings die Verbindlichkeit zur Theilnahme an Amts- und Gemeinde-Anlagen fortbestehen, welcher einzelne Gegenstände auf Grund des Schlußsatzes des § 3 des sog. Katastergesetzes vom 15. Juli 1821 (Reg.-Bl. S. 457) unterworfen geblieben sind. Diese letztere Gesetzesbestimmung schrieb vor, daß bei den in § 3 derselben erwähnten Ausnahmen von der Steuerpflicht diejenige Verbindlichkeit fortdauern solle, welcher einzelne jener Realitäten schon bisher zur Theilnahme an den Korporationssteuern unterworfen waren. Diese Gesetzesvorschrift ist jedoch nicht, wie klägerischer Seits geltend gemacht wird, dahin aufzufassen, daß nun alle altsteuerbaren Objekte unbedingt ferner steuerpflichtig bleiben, vielmehr wird dabei der Fortbestand des betreffenden Objekts in demjenigen Zustand vorausgesetzt, welcher für dessen Steuerpflicht überhaupt erforderlich ist. Es bezieht sich sonach, wie in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs in anderen Fällen dieser Art wiederholt angenommen wurde, jene Bestimmung des Gesetzes von 1821 zunächst nur auf die im § 3 desselben erwähnten Steuerbefreiungen, welche einzelnen Objekten schon vermöge der Persönlichkeit der betreffenden Besitzer zu Statten kam. Gegenüber diesen subjektiven Befreiungen enthält aber der § 3 auch solche objektive Befreiungen, welche die Verwendung des Gegenstands zu einem bestimmten Zweck voraussetzen. Zu diesen gehören namentlich die in § 3, lit. d erwähnten Gebäude, welche zu öffentlichen Zwecken dienen, ohne dem Eigenthümer einen ökonomischen Nutzen abzuwerfen, wie sie auch im vorliegenden Falle unbestritten in Frage stehen.

2) Die klägerischer Seits noch ferner geltend gemachte Bedingung der Kaufverträge vom 30. April 1855 und vom 4./24. Mai 1871, durch welche die Militärverwaltung jene Gebäude unter der Verpflichtung, die Steuern und Abgaben von einem gewissen Zeitpunkt an zu entrichten, aus Privathänden erwarb, kann nicht als Anerkenntniß der Steuerpflicht für alle künftige Zeit betrachtet werden, da durch jene Bedingmg nur das Verhältniß unter den Kontrahenten und nicht gegenüber den steuerberechtigten Körperschaften geregelt wurde. Auch bezieht sich jene Vertragsbestimmung nur auf den Zustand und die Verwendung der Gebäude zur Zeit des Vertragsabschlusses und kann also die kaufende Militärverwaltung, wenn sie später die Kaufsobjekte zu einem anderen die Steuerbefreiung begründenden Zweck bestimmt, nicht gehindert sein, aus dieser neuen Thatsache eine solche Befreiung abzuleiten.

3) Ebensowenig kann, wie neuestens geltend gemacht wurde, die Thatsache, daß die Militärverwaltung von dem Gebäude Lit. A Nr. 93, nachdem solches in den Jahren 1857/59 vorübergehend steuerfrei gelassen worden, auf Verlangen der Stadtgemeinde später wieder Korporationsabgaben entrichtete, als ein für alle Zukunft bindendes Anerkenntniß der Steuerpflicht Seitens der Beklagten betrachtet werden, da es von dem Ermessen der Beklagten abhing, ob sie unter den damaligen Verhältnissen nach der Art der Verwendung des Gebäudes eine Steuerbefreiung geltend machen wollte oder nicht. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß der Gebäudeeigenthümer, welcher später glaubt, nun eine die Steuerbefreiung begründende Verwendung erweisen zu können, sofort, wie es auch Seitens der Beklagten geschah, die Abschreibung des Steuer-Kapitals im Kataster beantrage, welche nach den (vergl. Art. 1 des Gesetzes vom 23. Juli 1877) auch für die Korporationsbesteuerung giltigen Bestimmungen des Art. 81 des Staatssteuergesetzes vom 28. April 1873 stets nur auf eine von den Eigenthümern erstattete Anzeige und Bescheinigung des Thatbestands vom nächstfolgenden Steuerjahr an einzutreten hat.

2) Ein auf der Grundfläche eines völlig abgebrochenen altsteuerbar gewesenen Gebäudes errichtetes neues Gebäude tritt in steuerlicher Hinsicht nicht an die Stelle des abgebrochenen Gebäudes. Auch der Umstand, daß das neue Gebäude auf altsteuerbarem Grund und Boden steht, rechtfertigt es nicht, dasselbe der jetzigen Gebäudesteuer zu unterwerfen.

Urtheil vom 16. Nov. 1881.

Amtskörperschaft und Stadtgemeinde Ludwigsburg, Klägerinnen, Berufungsklägerinnen, gegen die Königl. Militärverwaltung, Beklagte, Berufungsbeklagte.

Aus Anlaß des Gesetzes vom 23. Juli 1877 über Besteurungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden hatte die Katasterkommission in einem allgemeinen, die sämmtlichen Gebäude der Militärverwaltung in Ludwigsburg betreffenden Erlaße vom 6. November 1878 folgende generelle Grundsätze ausgesprochen:

IV. An der Beitragspflicht eines Gebäudes, welches nach Art. 2, Absatz 2 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 amts- und gemeindesteuerpflichtig sei, werde dadurch nichts geändert, daß an demselben im Laufe der Zeit bauliche Aenderungen vorgenommen worden seien oder daß dasselbe zu einem anderen Zweck bestimmt worden, eine Ausnahme mache in letzterer Beziehung nur die Verwendung eines Gebäudes zu einer Dienstwohnung in Folge des Gesetzes vom 5. Oktober 1858.

V. Wenn auf altsteuerbarem, bisher der Grundsteuer unterworfenem Grund und Boden ein Gebäude für öffentliche Zwecke in der Zeit von 1821 bis 1877 errichtet worden, so gehe auf dasselbe hiedurch die Verbindlichkeit zur Theilnahme an den Amts- und Gemeindeanlagen nicht über, weil ein Grundstück, das überbaut werde, thatsächlich und rechtlich aufhöre, Gegenstand der Grundbesteuerung zu sein, vielmehr als Objekt der Gebäudesteuer in das Gebäudekataster aufzunehmen sei, bei welcher Umwandlung das in der früheren Form des Steuerobjektes begründete Rechtsverhältniß nicht nachwirken könne. Das Gleiche sei der Fall, wenn ein Gebäude, das nach Art. 2, Absatz 2 des Gesetzes

vom 23. Juli 1877 zu Amts- und Gemeindeanlagen beitragspflichtig sei, durch Umbauten vergrößert werde, die für sich bestehen.

Dann war in dem Erlaße unter den eventuell eingeschätzten Gebäuden, welche nicht in das Kataster aufgenommen werden können, erwähnt worden: das Gebäude Lit. A Nr. 51 inklusive Hofraum, taxirt zu 72000 Mk., mit Nebengebäuden a, b, c (in der Carlstädter, nun Mathildenstraße), taxirt zu 2700 Mk. Bei diesem Gebäude habe eine Aenderung stattgefunden, welche die Natur einer Spezifikation habe. An die Stelle des alten Gebäudes sei ein ganz neues Gebäude auf einer andern Grundfläche, mit anderen Einrichtungen, anderer Zweckbestimmung und von ganz anderem Werth getreten, wie sich aus der Vergleichung des früheren Katasters von 1425 fl. mit dem jetzigen Anschlag von 74700 Mk. ergebe. Das nach Abbruch des alten Gebäudes errichtete sei als ein durchaus neues Gebäude anzusehen, daher nicht zu kataſtriren.

Die beiden Körperschaften in Ludwigsburg erhoben gegen diesen Bescheid keine Beschwerde beim Ministerium des Innern, sondern (4. März 1880) Klage bei der Kreisregierung daselbst wider die Militärverwaltung mit der Bitte, auszusprechen, es sei Beklagte kostenfällig schuldig, die Korporationssteuerpflicht des Gebäudes Lit. A Nr. 51 mit Nebengebäuden Lit. a, b, c im Sinne des Gesetzes vom 23. Juli 1877 Art. 2, Absatz 2 anzuerkennen. Zur Begründung wurde geltend gemacht:

Die Annahme der Katasterkommission, daß hier eine Spezifikation vorliege, sei unrichtig, weil der Begriff der Spezifikation nur auf bewegliche, nicht auf unbewegliche Sachen Anwendung finde. Ueberdies sei an Stelle des alten zu Militärzwecken, und zwar oben zu Wohnungen, unten als Stallung benutzten Gebäudes lediglich ein größeres, gleichfalls zu Militärzwecken, und zwar oben als Fourageboden und unten wieder als Stallung verwendetes Gebäude errichtet worden. Der größere Theil desselben stehe auf dem Grund und Boden des alten Gebäudes, während der übrige Theil auf einem gleichfalls altsteuerbaren Grundstück, einem anstoßenden Gärtchen Parz. Nr. 81, und auf dem Hofraum errichtet sei, welch' letzterer Umstand die Berechti-

gung zur Besteuerung nicht beeinträchtige, die nach Art. 2, Absatz 2 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 gewahrt bleibe.

Der Vertreter der Militärverwaltung gab seine Vernehmlassung dahin ab: Das ursprüngliche Hauptgebäude, das in den Jahren 1874/77 abgebrochen und auf dessen Areal theilweise das jetzige Gebäude, der sog. Spitälestall, errichtet worden, sei im Mai 1806 von der Stadtgemeinde nebst dem dahinter liegenden Gartenplatz um 1550 fl. zu kriegsärarischen Zwecken erkauft worden und im Steuerkataster mit 1425 fl. gelegen. Von den Nebengebäuden, aus welchen übrigens nie Korporationssteuer bezahlt worden, sei das Waschhaus nicht mehr vorhanden, während die Beschlagbrücke und eine 1867 erbaute weitere Schmiede die Bestimmung als Waschküche, Holzlege und Badeanstalt erhalten hätten. Das ganze Anwesen diene zu öffentlichen Zwecken, ohne einen ökonomischen Nutzen abzuwerfen, es müsse deshalb gemäß Art. 8, Ziffer 1 des Neusteuerbarkeitsgesetzes vom 18. Juni 1849 Steuerfreiheit beansprucht werden. Bezüglich des Hauptgebäudes komme noch hinzu, daß dasselbe, wie die Katasterkommission in dem Erlaß vom 6. November 1878 dargethan habe, als ein unter der Herrschaft des Gesetzes von 1849 errichtetes, ganz neues Bauwesen erscheine, bei welchem das in seiner früheren Form etwa begründet gewesene Rechtsverhältniß nicht nachwirken könne. Jedenfalls dürfte, insoweit als das Hauptgebäude jetzt auf früher altsteuerbar gewesenem Boden stehe, aus der vormaligen Heranziehung des Areals zur Grundsteuer ein brauchbares Argument für die prätendirte Gebäudesteuerpflichtigkeit kaum zu entnehmen sein. Ob das alte Gebäude zu Wohnungen bezw. als Stallung benutzt worden sei, werde mit Nichtwissen beantwortet. In dem neuen Gebäude mit einem Flächenraum von 666,49 □-M. (gegen frühere 515,36 □-M.) befinde sich ein Pferdestall mit 56 Ständen und 4 Haberböden. Antrag auf kostenfällige Abweisung der Klägerinnen. In der Replik wurde auf dem Klagvorbringen beharrt mit dem Anfügen, der Situationsplan werde ergeben, daß nur eine bauliche Erweiterung des alten Gebäudes stattgefunden habe.

Dieser Situationsplan wurde auf ergangene Aufforderung

vorgelegt und bei der öffentlich mündlichen Verhandlung von beklagter Seite anerkannt.

Am 26. März 1881 wies die Kreisregierung die Kläger kostenfällig ab.

Die rechtzeitig eingekommene Berufungsschrift und Vernehmlassung enthielten nichts Neues.

Nachdem hierher bezügliche Auszüge aus den öffentlichen Büchern der Stadt Ludwigsburg zu den Akten gebracht worden waren, erging an die beiderseitigen Anwälte die Aufforderung zur Erklärung über nachstehende Punkte:

1) seit wann überhaupt Korporationssteuer aus dem fraglichen Gebäude von der Militärverwaltung entrichtet und wann der Katasteranschlag von 1425 fl. bestimmt worden sei, ob dieser sich nur auf das Hauptgebäude bezogen habe oder auch auf die Nebengebäude?

2) ob das alte Gebäude von der Kriegsverwaltung früher erweitert und verändert worden, ob dies auf die Besteuerung von Einfluß gewesen sei, namentlich auch wann die Nebengebäude errichtet worden seien?

3) ob und seit wann das jetzt zu Hofraum verwendete Gärtchen zur Grundsteuer beigezogen worden sei?

4) was zu der nach dem Güterbuch im Jahre 1873 vorgenommenen Exkatastrirung Anlaß gegeben habe und ob seither keine Gebäudesteuer entrichtet worden sei?

Darauf wurden nachstehende Erklärungen abgegeben —

ad 1) von dem Vertreter der Klägerinnen:
Korporationssteuer sei jedenfalls von 1844/45 an entrichtet worden, vom gleichen Jahre datire der Katasteranschlag von 1425 fl., derselbe habe sich auf das Hauptgebäude *mit* den drei Nebengebäuden bezogen;
von dem Vertreter der Beklagten:
Korporationssteuer sei von 1806 bis 1872 bezahlt worden, der Katasteranschlag von 1425 fl. datire aus dem Jahre 1845/46 und habe sich *nur* auf das Hauptgebäude bezogen;

ad 2) von dem Vertreter der Beklagten:
an dem Hauptgebäude sei bis 1876 nichts verändert,

von den Nebengebäuden sei das Waschhaus 1816, die Schmiede nebst Beschlagbrücke 1829, eine weitere Schmiede 1867 von der Militärverwaltung errichtet worden, ohne daß diese Bauten eine Veränderung des Steueranschlags zur Folge gehabt hätten;

der Vertreter d. Kl. erklärte im Wesentlichen das Gleiche;

ad 3) von dem Vertreter der Klägerinnen:

das Gärtchen (jetzt Hofraum) sei im Güterbuch von 1825 mit 55 fl. 30 kr. katastrirt, 1845 aber mit 5 fl. als Korporationssteuerpflichtig eingeschätzt worden;

der Vertreter der Beklagten gab auch hier als Anfang der Steuerentrichtung das Jahr 1806 an, im Uebrigen wie der klägerische Anwalt;

ad 4) von dem Vertreter der Klägerinnen:

in den Jahren 1873 und 1874 seien die Gebäude irriger Weise im städtischen Kataster exkatastrirt worden, nicht aber im Oberamtskataster; von der Militärverwaltung sei seither keine Steuer entrichtet worden; die Stadt habe sich durch Berechnung des Steuerbetreffs (Stadt- und Amtsschadens) und durch Anforderung der bestrittenen Steuer ihr Recht, namentlich auch bezüglich der Einrede der Verjährung, gewahrt;

von dem Vertreter der Beklagten:

die Exkatastrirung im Jahre 1873 sei auf Anregung der Aufsichtsbehörde von der Kasernenverwaltung für alle Objekte auf Grund des Art. 8, Ziffer 1 des Neusteuerbarkeitsgesetzes von 1849, verlangt und seit 1873 auch keine Korporationssteuer mehr bezahlt worden; mit Nichtwissen werde beantwortet, ob der Amtsschaden in der von den Klägern behaupteten Weise behandelt worden sei; bestritten werde, daß schon vor 1880 die Steuern zur Wahrung der Verjährung angefordert worden seien.

Bei der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof modifizirte der Vertreter der Beklagten seine Erklärung hinsichtlich des Anfangs der Steuerentrichtung dahin: es sei nicht bekannt, von wann an die Steuer bezahlt worden.

Der Verwaltungsgerichtshof wies die Klägerinnen unter Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils kostenfällig ab.

Gründe:

1) Die Klägerinnen haben auf Grund des Abs. 2 des Art. 2 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 (Reg.-Bl. S. 199) über Besteuerungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden, beziehungsweise des Schlußsatzes des § 3 des Steuerkatastergesetzes vom 15. Juli 1821, die Korporationssteuerpflicht von einem Artilleriestall in Ludwigsburg Lit. A Nr. 51, nun Mathildenstraße Nr. 30 nebst Nebengebäuden beansprucht, weil jenes Gebäude altsteuerbar sei und theils auf der Grundfläche des von der Militärverwaltung im Jahr 1806 für ihre Zwecke erworbenen städtischen Armenhauses, theils auf dem dazu gehörigen altsteuerbaren Grund und Boden stehe.

Dieser von der Beklagten bestrittene Anspruch konnte nicht als begründet erkannt werden.

2) Jenes früher städtische Gebäude, aus welchem die Militärverwaltung bis zum Jahr 1872 Körperschafts-Steuern entrichtete, ist sofort bis auf den Grund abgebrochen und auf der hiedurch gewonnenen und der weiteren, der Militärverwaltung zustehenden Fläche im Jahr $18^{77}/_{78}$ das jetzige veränderte Gebäude neu hergestellt worden. Durch das vollständige Niederreißen des alten Gebäudes ist die auf demselben bestandene Korporationssteuerpflicht erloschen. Nach Art. 1 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 gelten nemlich für diese Steuerpflicht, soweit nicht besondere Ausnahmen festgesetzt sind, was in jener Hinsicht nicht zutrifft, die Vorschriften des Staatssteuer-Gesetzes vom 28. April 1873, welches im Art. 81 ausdrücklich bestimmt, daß bei einem niedergerissenen Gebäude das Steuerkapital sofort vollständig am Gebäudekataster abzuschreiben sei. Ob und inwieweit ein auf die Fläche des niedergerissenen später gestelltes Gebäude der Besteuerung unterliegt, ist ganz nach den neueren gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen. Die Steuerpflicht des alten Gebäudes kann in früherer Weise um so weniger wieder aufleben, als nach Abs. 2 des Art. 2 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 nur bei denjenigen Gegenständen die Korporationssteuerpflicht fortdauern

soll, welche der Theilnahme an den Amts- und Gemeinde-Anlagen bisher unterworfen geblieben waren, was bei einem schon vor 1877 niedergerissenen Gebäude nicht mehr zutraf.

3) Auch der Umstand, daß die Flächen, auf welchen theilweise das neue Gebäude errichtet wurde, früher der Grundsteuer zu Gunsten der Körperschaften unterlagen, kann es nicht rechtfertigen, auch das neue Gebäude als korporationssteuerpflichtig zu behandeln, weil ein überbautes Grundstück aufhört, als Grundstück steuerpflichtig zu sein, und die frühere Berechtigung zur Grundsteuer nicht auch die Befugniß zur Besteuerung eines früher nicht bestandenen Gebäudes als solches in sich schließt.

4) Bei den erst nach Erwerbung des Hauptgebäudes von der Militärverwaltung erstellten Neben-Gebäuden (Schmiedwerkstätte, Waschhaus und Beschlag-Brücke) ist der Steuer-Anspruch ebenfalls nicht begründet, da die Kläger nicht bewiesen haben, daß von diesen Gebäuden speciell schon vor 1821 Körperschaftssteuer erhoben wurde, und somit der Schlußsatz des § 3 des Katastergesetzes vom 15. Juli 1821 auf jene Gebäude keine Anwendung findet.

5) Soferne nun jene Gebäude unbestritten zu öffentlichen Zwecken dienen und daher nach Art. 2 des Gesetzes vom 23. Juli 1877, beziehungsweise nach Art. 8 Ziffer 1 des Gesetzes vom 18. Juni 1849 den Amts- und Gemeindeanlagen nicht unterliegen, mußte unter Bestätigung des Urtheils voriger Instanz so, wie geschehen, erkannt werden.

3) Auslegung des Art. 3 Abs. 2 des württembergischen Gesetzes vom 17. April 1873 zu Ausführung des Reichsgesetzes über den Unterstüzungswohnsitz.

Urtheil vom 23. Februar 1884.

Ortsarmenverband Eßlingen, Kläger, Berufungskläger, gegen Karl Kenner, Fabrikarbeiter von Eßlingen, derzeit Gefangener im Landesgefängniß zu Hall, Beklagter, Berufungsbeklagter, Ersatz der für die Kinder des ꝛc. Kenner aufgewendeten Unterstüzungskosten betr.

Durch strafgerichtliches Urtheil vom 18. März 1881 sind

Karl Kenner und dessen Ehefrau wegen Erpressung zu der Gefängnißstrafe von 5 Jahren bezw. 3 Jahren 6 Monaten verurtheilt und beide zugleich zum Ersatz der Kosten ihrer Haft und des Strafvollzugs für verpflichtet erklärt worden. Karl Kenner ist im Landesgefängniß zu Hall und wird seine Strafe am 18. Mai 1886 verbüßt haben. Die Ehefrau befindet sich in der Strafanstalt Gotteszell.

Am 25. April 1883 reichte Rechtsanwalt C. von Eßlingen Namens des dortigen Ortsarmenverbandes bei der Kreisregierung in Ludwigsburg gegen Karl Kenner eine Klage ein des Inhalts:

Kenner, unterstüzungs- und heimathberechtigt in Eßlingen, der Zeit im Landesgefängniß zu Hall, habe bis zum Antritt seiner Strafe seine Familie durch seinen Verdienst als Fabrikarbeiter, Sackschneider, bei Oelmüller Lamparter in Eßlingen unterhalten; mit seiner Verbringung nach Hall sei dieß unmöglich geworden. Vermögen habe Beklagter damals nicht besessen, daher von der Ortsarmenbehörde in Eßlingen am 28. Januar und 15./22. März 1881 beschlossen worden sei, die 5 Kinder des Beklagten, welche bei ihrer Jugend sich ihren Unterhalt noch nicht erwerben können, über die Dauer der Haft des Beklagten in Versorgung zu übernehmen, und es seien auf Rechnung des Klägers in Kost gegeben worden:

a) die Tochter Karoline, geb. d. 11. Januar 1868, vom 8. Januar bis 1. Februar 1881 bei Karl Braun, Schriftsetzer in Eßlingen, um jährlich 94 Mark, vom 1. Februar 1881 an in Kornthal um jährlich 84 Mark und 20 Mark Kleidergeld beim Eintritt,
b) die Tochter Friederike, geb. d. 30. März 1871, bei genanntem Braun um monatlich 9 Mark, per Jahr 108 Mark,
c) die Tochter Anna, geb. d. 17. März 1875, bei Johannes Schemp, Fabrikarbeiter in Eßlingen um monatlich 10 Mark, per Jahr 120 Mark,
d) der Sohn Karl, geb. d. 25. August 1878, vom 8. Januar bis 1. März 1881 bei genanntem Schemp um monatlich 13 Mark, per Jahr 156 Mark,

endlich

e) der Sohn Paul Emil Theodor, geb. d. 2. Oktober 1880, vom 1. März 1881 an bei Bernhard Würthele, Meßner in Eßlingen, um monatlich 15 Mark, per Jahr 180 Mark

Der jährliche Aufwand für diese 5 Kinder betrage hiernach 648 Mark und es habe Kläger seither bereits über 1400 Mark. auf dieselben verwendet. Nun sei dem Beklagten durch den Tod seines im Frühjahr 1882 gestorbenen Vaters, Christian Gotth. Kenner, gewesenen Fabrikarbeiters in Eßlingen, laut Theilung vom 20. März und 29. April 1882 eine Erbschaft im Betrage von 798 M. 68 Pf. angefallen. Bei der Theilungsbehörde habe Kläger seine Ersatzansprüche zur Berücksichtigung rechtzeitig angemeldet, Beklagter, bezw. dessen Bevollmächtigter Kleiderhändler Chr. Kenner habe aber die Ansprüche des Klägers nicht anerkannt, worauf dem Antrage des Klägers entsprechend von dem Erbtheil des Beklagten diejenigen Beträge, mit welchen letzterer in der Theilung auf andere Personen verwiesen worden, im Gesammtwerth von 665 Mark mit Beschlag belegt worden seien. Da Beklagter auch seither den Ersatzanspruch des Klägers nicht anerkannt habe, so sei Kläger zur Klagerhebung genöthigt; berechtigt sei er hiezu, weil Beklagter ersatzpflichtig und in einer Lage sei, welche ihm die Ersatzleistung bis zur Höhe von 665 Mark mit laufenden Zinsen hieraus unbeschadet der Sicherstellung seines und der Seinigen Lebensunterhalt ermögliche; denn der Unterhalt des Beklagten und seiner Ehefrau sei gesichert, so lange beide sich in der Strafanstalt befinden, und der Unterhalt der Kinder sei durch die Versorgung Seitens des Klägers gesichert, und wenn Beklagter aus der Strafanstalt wieder entlassen sei, so könne er, wie vorher auch, den Unterhalt für sich und die Seinigen als Arbeiter wieder erwerben. Das Petitum ging dahin: zu erkennen, daß Beklagter verpflichtet sei, die Ersatzansprüche des Klägers für die angeführte Unterstützung der Kinder des Beklagten anzuerkennen und demgemäß Ersatz vorerst mindestens bis zur Höhe der verarrestirten Erbschaft im Betrage von 665 Mark mit den laufenden Zinsen hieraus dem Kläger zu leisten, sowie sämmtliche Kosten dieses Rechtsstreits zu bezahlen.

Diese Klage wurde dem Beklagten zur Vernehmlassung binnen 4 Wochen unter dem Präjudiz des Zugeständnisses der darin behaupteten Thatsachen mitgetheilt. Eine Vernehmlassung kam aber nicht ein, worauf nach gepflogener mündlicher Verhandlung die Kreisregierung am 7. September 1883 den Kläger kostenfällig abwies. Es könne dahin gestellt bleiben, ist in den Entscheidungsgründen gesagt, — ob dem Umstande, daß die Kennerschen Kinder erst vom 18. Januar 1881 ab öffentliche Unterstüzung genießen, nachdem durch die Verhaftung des Vaters schon am 30. Dezember 1880 die häusliche Gemeinschaft zwischen Vater und Kindern thatsächlich aufgehoben worden, die Bedeutung beizulegen sei, daß der auf Art. 3 Absatz 2 des Ausführungsgesetzes (zum Unterstüzuugswohnsitzgesetz) vom 17. April 1873 gestützten Klage wegen des mangelnden Erfordernisses des Stehens in häuslicher Gemeinschaft die rechtliche Begründung abgesprochen werden müsse, jedenfalls sei die Klage deßhalb abzuweisen, weil die Voraussetzung des Ersatzanspruchs, daß der Beklagte in eine Lage gekommen, welche ihm die Ersatzleistung unbeschadet der Sicherstellung seines und der Seinigen Lebensunterhalts ermögliche, nicht zutreffe. Durchschlagend sei in dieser Beziehung schon die Inbetrachtnahme des Widerspruchs, welcher darin liege, daß Kläger den Ersatzanspruch erhebe, während er noch öffentliche Unterstützung reiche, denn Kläger gebe damit zu, daß der in seinen Kindern unterstützte Beklagte noch nicht einmal in eine solche Lage gekommen sei, daß er öffentlicher Unterstüzung entrathen könne. Aber auch, wenn Kläger mit Rücksicht auf die 665 Mark betragende Erbschaft des Beklagten die Reichung öffentlicher Unterstützung einstellen und damit den Widerspruch in der Klage heben würde, könnte der Ersatzanspruch nicht für begründet erkannt werden, weil die ererbten Forderungen insolange, als Beklagter und seine Ehefrau sich im Gefängniß befinden, die einzigen Mittel zur Gewährung des Lebensunterhalts für 4 noch in Kosthäusern untergebrachte Kinder des Beklagten darstellen und voraussichtlich aufgebraucht seien, bevor mit der erst in ungefähr 3 Jahren zu erwartenden Freilassung des Vaters der Familie ihr Ernährer zurückgegeben sein werde.

Die rechtzeitig eingekommene Berufungsschrift enthält nichts Neues, ebensowenig die Vernehmlassung des Beklagten, welcher bat, den Berufungskläger kostenfällig abzuweisen. Aus der klägerischen Replik ist nur zu erwähnen ein Vorstrafenverzeichniß des Beklagten, wornach derselbe in den fünfziger und sechziger Jahren wegen Bettels, arbeitscheuen Umherziehens, Körperverletzung, Widersetzung und nächtlicher Ruhestörung verschiedene Strafen erlitten hat.

Eine von dem Strafrichter im Hinblick auf die §§ 1—5 der Justizministerialverfügung vom 29. Juni 1875 und § 3 derjenigen vom 26. September 1879 erbetene Äußerung, ob (bezw. in wie weit) die Mittel der dem Beklagten zugefallenen Erbschaft wegen Ersatzes der in Folge des Urtheils vom 18. Mai 1881 erwachsenen Strafvollzugskosten für die Strafanstaltenverwaltung etwa bereits in Anspruch genommen seien oder noch beansprucht werden wollen, wurde in verneinendem Sinne abgegeben.

Bei der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof legte der Anwalt des Klägers (beklagter Seits war Niemand erschienen) ein Zeugniß der Armenverwaltung in Eßlingen vor, wonach 4 Kinder des Karl Kenner vom 31. Dezember 1880 bis 7. Januar 1881 im dortigen Hospital verpflegt worden sind. Behauptet wurde ferner, daß die Kinder der Kennerschen Eheleute ungeachtet der durch die Abbüßung der erkannten Freiheitsstrafen herbeigeführten Trennung in häuslicher Gemeinschaft mit den Eltern geblieben seien. Dabei betonte der Kläger'sche Anwalt, daß die Klage lediglich den Zweck habe, einer zu befürchtenden Verschleuderung der angefallenen Erbschaft durch Karl Kenner vorzubeugen.

Der Verwaltungsgerichtshof wies den Kläger, Berufungskläger unter Bestätigung des vorigen Urtheils kostenfällig ab.

Gründe: Die Unterstützung, welche der Kläger für die Verpflegung der Kinder des Kenner seit dem 18. Januar 1881 geleistet und noch ferner zu leisten hat, ist zweifellos ein armenrechtlich nothwendiger Aufwand, zu dessen Wiedererstattung der Beklagte nach Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes vom 17. April 1873 verpflichtet wäre, wenn die dort bezeichneten Voraussetzungen

nach den obwaltenden thatsächlichen Verhältnissen zutreffen würden. Letzteres ist jedoch mit Grund zu verneinen.

Es kann davon abgesehen werden, welche rechtliche Bedeutung im Sinne des Gesetzes dem Umstande, daß die Unterstützungen an die Kenner'schen Kinder seit Auflösung der häuslichen Gemeinschaft mit dem Vater gereicht werden, mit Rücksicht darauf beizulegen sei, daß Kenner durch seine Verschuldung sich in Folge der über ihn verhängten Untersuchungen und Strafhaft in eine Lage gebracht hat, welche die Auflösung der Familiengemeinschaft und die Hilfsbedürftigkeit der Kinder herbeiführte.

Jedenfalls ermangelt der Ersatz-Anspruch des Klägers deßhalb der Begründung, weil nicht dargethan ist, daß dem Beklagten nach seinen dermaligen Verhältnissen die Ersatzleistung unbeschadet der Sicherstellung seines und der Seinigen Lebensunterhalts möglich sei.

Wenn Kläger die dem Beklagten angefallene Erbschaft in dem Betrage von 665 M. als Ersatzobjekt mit dem Bemerken in Anspruch genommen hat, daß der Lebensunterhalt der Kenner'schen Eheleute durch ihre Verpflegung in der Strafanstalt, der Unterhalt der Kinder durch ihre Versorgung von Seite der Armenpflege Eßlingen gesichert sei, so kommt hiegegen entscheidend in Betracht, daß durch die den Kindern bisher gereichte und noch ferner zu reichende Armenunterstützung Kenner selbst mittelbar der öffentlichen Unterstützung in einem Umfang verfallen ist, wofür jener Erbschaftsbetrag entfernt nicht als ein ausreichendes Deckungsmittel erscheint, daher zum Mindesten insolange, als die Familie ihres Ernährers beraubt und deßhalb hilfsbedürftig ist, und selbst nach der Entlassung des Kenner aus der Strafanstalt insolange, bis der Unterhalt der Familie durch genügende anderweitige Erwerbsmittel vollkommen sicher gestellt sein wird, der Beklagte zur Ersatzleistung gesetzlich nicht angehalten werden kann.

4) Unterstützungswohnsitzgesetz § 28.

Ortsarmenverband Eßlingen, Kläger, Berufungsbeklagter, gegen Ortsarmenverband Göppingen, Beklagten, Berufungskläger.

Urtheil vom 6. April 1881.

Der Maler Adolf Fuchs aus Riegel im Großherzogthum Baden hielt sich vom Frühjahr 1873 an an verschiedenen Orten auf, ohne jedoch an einem derselben zwei Jahre zu bleiben, bis er im November 1878 zu Sterzing in Tirol wegen Bleivergiftung außer Arbeit und in den dortigen Spital kam, wo er vom 30. November 1878 bis 4. Januar 1879 ohne vollständigen Erfolg behandelt wurde. Von dort, wie es im Entlassungsschein heißt, „gebessert" und mit der nöthigen Unterstützung entlassen, reiste er weiter über Innsbruck, wo er wieder mehrere Tage im Spital verpflegt wurde, bis Traunstein; auch hier wurde er im Spital untergebracht und vom 20. Januar bis 18. Februar 1879 in die Kur genommen, ohne daß seine Heilung erreicht werden konnte. Das Zeugniß des dortigen Spitalarztes Dr. L., bei seiner Entlassung am 18. Februar 1879 ausgestellt, besagte, seine Heilung sei nach dem bisherigen Verlauf auch in nächster Zeit noch nicht zu erwarten, es erscheine daher räthlich, demselben die Mittel zur Heimreise zu bewilligen. Von Traunstein setzte nun Fuchs mit Reiseunterstützung die Reise weiter fort über München, Ulm, Geislingen, Göppingen, woselbst ihn der für den Stadtschultheiß funktionirende Polizeikommissär abfertigte, und Eßlingen bis Ludwigsburg. Überall erhielt er außerdem Nachtquartier, auch in Eßlingen, wo er am 22. Februar ankam und bei seiner Weiterreise auf seine Bitte mit 1 Mark Reisegeld versehen wurde. Am 24. Februar 1879 gab er in Ludwigsburg vor dem dortigen Rathsschreiber an: Er sei persönlich bei dem Stadtvorstand in Eßlingen gewesen und habe, nachdem sich dieser mit dem Rathsschreiber berathen, die Anweisung in den Spital und das Reisegeld erhalten; in Eßlingen wie in den andern Städten sei es mit ihm so schlecht bestellt gewesen wie in Ludwigsburg, trotz seines Stockes habe er kaum laufen können. Und der Oberamtsarzt in Ludwigsburg bezeugte an

demſelben Tage: Adolf Fuchs leidet an den Folgen der Bleivergiftung und iſt deßhalb der ärztlichen Behandlung ſehr bedürftig; übrigens kann er auf der Eiſenbahn ſeine Reiſe wohl nach Hauſe fortſetzen. Am gleichen Tage wurde Fuchs in den Spital zu Ludwigsburg aufgenommen und daſelbſt, nachdem der Oberamtsarzt am 2. März weiter bezeugt hatte, Fuchs ſei am 24. Februar ungeheilt in den Spital eingetreten, in Folge ſeiner Krankheit (Bleivergiftung) ſei er vollſtändig arbeitsunfähig, — bis 27. Juli 1879 verpflegt und ärztlich behandelt mit einem Koſtenaufwand von 365 M. 50 Pf. Dieſe ſeine Auslagen reklamirte Ludwigsburg bei dem Ortsarmenverband Eßlingen, weil Fuchs dort öffentliche Unterſtüzung angeſprochen habe, jedoch, anſtatt zur Heilung in den Spital aufgenommen zu werden, mit einer Geldunterſtüzung zur Weiterreiſe verſehen worden ſei. Haben ſchon die Atteſte dargethan, war in dem Schreiben geſagt, daß es ſich bei Fuchs nur um die ſofortige Aufnahme in den Spital handeln könne, ſo ſei darüber vollends kein Zweifel geweſen, als man des Kranken und ſeines Zuſtandes anſichtig geworden; das Gehen ſei demſelben trotz eines Stockes kaum möglich geweſen und jeden Augenblick habe befürchtet werden müſſen, er werde fallen, die Wände der Häuſer, Oehren, Stiegengeländer ſeien von ihm ängſtlich benützt worden, um ein Fallen zu verhüten. Nach längeren Verhandlungen erſetzte dann auch der Ortsarmenverband Eßlingen am 8. Mai 1880 die von Ludwigsburg verlangten 365 M. 50 Pf. Schon vorher hatte Eßlingen bei dem Ortsarmenverband Riegel den Antrag auf Übernahme des Fuchs geſtellt, und nachdem dieſem Antrag entſprochen worden, war Fuchs am 27. Juli 1879 nach Riegel überführt worden.

Der Ortsarmenverband Eßlingen glaubte den Rückgriff wegen obiger 365 M. 50 Pf. an denjenigen von Göppingen zu haben, weil Fuchs daſelbſt am 22. Februar 1879 in ſeinem kranken Zuſtande angekommen war und Tags darauf nach Verpflegung im Spitale über Nacht zur Benützung der Eiſenbahn für die Weiterreiſe 1 Mark verwilligt erhalten hatte. Da der Ortsarmenverband Göppingen den Erſatz ablehnte, ſo erhob Rechtsanwalt C. Namens des Ortsarmenverbands Eßlingen

gegen ersteren am 3. Mai 1880 bei der Kreisregierung in Ulm Klage auf Anerkennung der Verpflichtung zu Bezahlung der 365 M. 50 Pf. Die Vernehmlassung des von dem Beklagten bevollmächtigten Rechtsanwalts gab nur zu, daß Fuchs am 22. Februar von Geislingen nach Göppingen gekommen und von hier mit 1 Mark Reisegeld nach Eßlingen gegangen sei. In Göppingen sei Fuchs nicht hilfsbedürftig gewesen, er habe auch weder anderweitige Unterstützung noch Aufnahme in ein Spital verlangt. Die Aufnahme des Fuchs in den Spital zu Ludwigsburg, welche die in der Klage aufgeführten Kosten verursacht habe, werde nicht bestritten, das Übrige werde mit Nichtwissen beantwortet und die rechtzeitige Anmeldung des Ersatzanspruches bestritten. Beklagter sei nicht der richtige Beklagte, eventuell werde dem Ortsarmenverband Geislingen der Streit verkündigt.

Die klägerische Replik beharrte auf dem Klagevorbringen.

Nach den eingeforderten Akten der Ortsarmenbehörde Göppingen hat diejenige von Eßlingen mit Schreiben vom 16. August 1879 den Ersatzanspruch von 365 M. 50 Pf. in Göppingen angemeldet und am 21. Oktober 1879 letzteres die Klageanmeldung Seitens Eßlingens nach Geislingen und Ulm unter dem Anfügen mitgetheilt, ob, da Ulm in letzter Reihe komme, es nicht angemessen sei, daß Ulm den Streit mit Ludwigsburg bezw. Eßlingen durchfechte. Geislingen erklärte hierauf, es enthalte sich der Intervention, die Streitverkündigung sei nur für Ulm von materiellem Werth, es verkündige dem Ortsarmenverband Ulm den Streit. Dieser lehnte aber gleichfalls eine Betheiligung an dem Streite ab.

Bei der mündlichen Verhandlung vor der Kreisregierung berief sich der klägerische Anwalt dafür, daß Fuchs, als er in Eßlingen erschienen, den unverkennbaren Eindruck eines kranken Menschen gemacht habe, weiter auf das Zeugniß des Rathsschreibers Mößinger in Eßlingen, und eventuell wurde Fuchs selbst als Zeuge dafür benannt, daß er in Göppingen um eine Reiseunterstützung *oder* Aufnahme in das Krankenhaus nachgesucht habe.

Die Kreisregierung verurtheilte am 24. November 1879 den Beklagten zu Bezahlung der eingeklagten 365 M. 50 Pf.

Nach dem Zeugniß der öffentlichen Krankenanstalt Sterzing, lauteten die Entscheidungs-Gründe, war Fuchs vom 30. November 1878 bis 4. Januar 1879 dort in Pflege und ärztlicher Behandlung und wurde als gebessert entlassen mit einem Handgeld von 1 fl. und freier Fahrt nach Innsbruck. Durch dieses und die weiteren Zeugnisse des Dr. L. in Traunstein sowie des Oberamtsarztes in Ludwigsburg vom 24. Februar und 2. März sowie die eigenen Aussagen des Fuchs ist außer Zweifel gestellt, daß derselbe sich während der ganzen Reise von Traunstein bis Ludwigsburg in hilfsbedürftigem Zustand wegen Krankheit und dadurch herbeigeführter Arbeitsunfähigkeit befunden hat. Es war daher Sache des ersten Armenverbands im Geltungsbereich des Unterstützungswohnsitz-Gesetzes, den Fuchs auf seiner Reise berührte und um Unterstützung ansprach, die durch § 28 des Unterstützungswohnsitzgesetzes vorgeschriebene vorläufige Fürsorge für denselben bis zur Uebernahme durch den hiezu verpflichteten Armenverband eintreten zu lassen, und wenn dies unterblieb, hatte der nächste Armenverband und jeder weitere, den Fuchs auf der Weiterreise betrat und um Unterstüzung ansprach, diese Verpflichtung mit dem Regreß gegen den Armenverband, der diese Verpflichtung versäumte und durch diese Versäumniß den nächstfolgenden Armenverband in die Lage versetzte, an seiner Stelle die Armenfürsorge eintreten zu lassen. Kläger ist zwar seiner Obliegenheit auch nicht nachgekommen, nachdem er aber derselben durch Ersatz an den Armenverband Ludwigsburg Genüge gethan, so begründet dies sein Rückgriffs-Recht gegen den Beklagten. Seine Einwendung, daß er von dem die Einleitung der Heilung erheischenden und die Ursache der Hilfsbedürftigkeit bildenden Krankheitszustand des Fuchs keine Kenntniß gehabt habe, wird durch den Umstand entkräftet, daß Fuchs den, seine Krankheit und seine Hilfsbedürftigkeit schildernden Entlassungsschein des Spitalarztes zu Traunstein der Ortsbehörde in Göppingen laut Eintrags der letzteren auf demselben vorgezeigt hat, und wenn auch Fuchs hiebei blos um eine Unterstützung behufs der Heimreise nach Riegel nachgesucht haben sollte, indem er nach seiner Angabe in Ludwigsburg der Meinung war, daß seine Heimathgemeinde in Riegel für seine Heilung Sorge zu

tragen habe, so war es doch unzulässig, ihm blos zur Heimreise Unterstützung zu geben, ohne daß die von dem Hilfsbedürftigen angenommene Fürsorgepflicht der Heimathgemeinde wirklich festgestellt war.

Der Verwaltungs-Gerichtshof wies unter Abänderung dieses Urtheils den Kläger kostenfällig ab.

Gründe: 1) Der von dem Kläger gegen den Beklagten erhobene Ersatzanspruch fordert zu seiner Begründung nicht nur, daß Adolf Fuchs, dessen Kosten für Verpflegung und ärztliche Behandlung in dem Spital in Ludwigsburg von dem Beklagten gefordert werden, nachdem Kläger dieselben dem Ortsarmenverband Ludwigsburg ersetzt hat, sich in hilfsbedürftigem Zustand befunden hat, sondern auch, daß dieser Zustand als ein der Abhilfe bedürftiger gegenüber dem Beklagten in erkennbarer Weise hervorgetreten ist.

2) Wenn der vorige Richter den erforderlichen Beweis hiefür durch die Zeugnisse des Dr. L . . . . in Traunstein, des Entlassungsscheins der öffentlichen Krankenanstalt in Sterzing und des Oberamtsarztes Dr. Ch . . . in Ludwigsburg vom 24. Februar und 2. März 1880 sowie die Angaben des Adolf Fuchs selbst als hergestellt erachtet, so ergiebt sich aus diesen Zeugnissen, soweit sie gegen den Beklagten in Betracht kommen können, allerdings, daß Adolf Fuchs an den Folgen der Bleivergiftung gelitten hat, und, da er, wie nicht anzufechten ist, mittellos ist, der Unterstützung bedürftig, nicht aber, daß dessen Aufnahme in eine Krankenanstalt nothwendig war.

3) Vor Allem kommt in Betracht, daß dem Stadtschultheißenamt Göppingen oder vielmehr dem für den Stadtschultheißen funktionirenden Polizeikommissär, über dessen Befugniß zur Vertretung des Beklagten ein Nachweis nicht in den Akten liegt, damals, als Adolf Fuchs am 22. Februar 1879 vor demselben erschien, die Zeugnisse des Oberamtsarzts Dr. Ch . . . in Ludwigsburg gar nicht vorgelegt werden konnten, weil dieselben damals noch nicht existirten. Ob ihm sodann der Entlassungsschein der Krankenanstalt in Sterzing vorgelegt wurde, ist nicht nachgewiesen, dagegen auch gleichgiltig, da derselbe nur besagt, „daß Fuchs vom 30. November 1878 bis 4. Januar 1879 in

hierortigem Krankenhause in Pflege und ärztlicher Behandlung stand und gebessert entlassen wurde," aus demselben somit so gut wie nichts für das Bedürfniß der Aufnahme in ein Krankenhaus entnommen werden konnte. Dagegen ist in Folge des Eintrags der in Göppingen unterm 22. Februar 1879 gegebenen Unterstützung von 1 M. in dem Zeugniß des Spitalarzts Dr. L.. vom 18. Februar 1879 außer Zweifel, daß dieses dem Polizeikommissär in Göppingen vorlag.

4) Aus diesem Zeugnisse war aber nur zu entnehmen, daß Adolf Fuchs an Bleivergiftung leidet, und sich deßhalb vom 20. Januar bis 18. Februar 1879 im Spital zu Traunstein befand, ohne daß dessen Heilung erreicht werden konnte. Der genannte Arzt bezeugt aber noch weiter, daß diese Heilung auch nach dem gegenwärtigen Verlauf in nächster Zeit noch nicht zu erwarten ist und daß es daher räthlich erscheint, demselben die Mittel zur Heimreise zu bewilligen.

Durch diesen Ausspruch des genannten Arzts war daher nicht die Nothwendigkeit der Fortdauer ärztlicher Behandlung des Fuchs und seine Aufnahme in eine Krankenanstalt, sondern nur der Verwilligung der Mittel zur Heimreise ausgesprochen. Auf Grund dieses Zeugnisses kann somit eine Verletzung der nach dem § 28 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz dem Ortsarmenverband Göppingen obliegenden Verpflichtung um so weniger behauptet werden, als nirgends ein Anhaltspunkt dafür gegeben ist, daß der Polizeikommissär irgendwie für den Ortsarmenverband zu handeln hatte, dieses Zeugniß somit überhaupt als zur Kenntniß des gedachten Ortsarmenverbands gebracht anzusehen ist.

5) Ebensowenig könnte bei dieser Lage der Sache ein Gewicht darauf gelegt werden, wenn Adolf Fuchs, wie er vor den Rathsschreibern in Ludwigsburg angegeben hat, um Bewilligung einer Reiseunterstützung *oder* Aufnahme in den Spital gebeten haben sollte. Abgesehen davon, daß das Protokoll über seine Vernehmung in Eßlingen von dieser *alternativen* Bitte *nichts*, sondern nur die Bitte um eine Reiseunterstützung enthält und daß er im Gegentheil nach dem Schreiben der Ortsarmenbehörde Eßlingen selbst vom 7. April 1879 an die Orts-

armenbehörde Ludwigsburg in Eßlingen ausdrücklich erklärte, „daß Spitalverpflegung für ihn nicht erforderlich sei und er eben Ruhe brauche, es werde lange währen, bis er von seinem Leiden gründlich geheilt sei, er sei deßhalb schon lange und in mehreren Spitälern behandelt worden," hätte diese alternative Erklärung eines Menschen, den seine Heimathgemeinde in ihrer Erklärung vom 5. Mai 1879 selbst als einen Landstreicher bezeichnet, nur dann eine Bedeutung haben können, wenn sie durch andere Momente, von denen keine in den Akten liegen (selbst der Oberamts-Arzt Dr. Ch. erklärte in seinem Zeugniß vom 24. Februar 1879 seine Heimreise mit der Eisenbahn für zuläßig) unterstützt worden wäre, was nicht der Fall ist.

6) Ermangelt hiernach der Ersatzanspruch dem Beklagten gegenüber der erforderlichen Grundlage, so mußte, wie geschehen, erkannt werden.

Diese Entscheidung führte zu einer Klage des

Ortsarmenverbands Eßlingen gegen den Ortsarmenverband Ludwigsburg auf Rückerstattung der angeblich irrthümlich bezahlten 365 M. 50 Pf.

Urtheil des Verwaltungsgerichtshofs vom 19. Dezember 1883.

In einer am 29. Dezember 1882 bei der Kreisregierung eingekommenen Klagschrift trug Rathsschreiber Häcker daselbst Namens der dortigen Ortsarmenbehörde vor:

Adolf Fuchs habe bei seiner Durchreise in Eßlingen am 22. Februar 1879 nur um Reiseunterstüzung gebeten und auch (außer Obdach wegen vorgerückter Tageszeit) nur eine solche erhalten. Nachdem aber derselbe in Ludwigsburg in eine Krankenanstalt aufgenommen worden sei und die dortige Armenbehörde Ersatz ihrer Auslagen deßhalb verlangt habe, weil Fuchs in Eßlingen dem § 28 des Unterstüzungswohnsitzgesetzes zuwider in hilfsbedürftigem Zustand abgeschoben worden sei, habe die Ortsarmenbehörde Eßlingen angenommen, daß dem Fuchs in Anbetracht der im dortigen Vernehmungsprotokoll niederlegten Wahrnehmung, daß derselbe augenscheinlich nur mit großer Mühe ganz kurze Strecken gehen und zu Fuß nicht heimreisen könne, schon damals, am 22. Februar 1879, Krankenhausaufnahme hätte gewähren sollen. Diese Annahme sei aber eine irrige

gewesen und lediglich in dieser irrigen Annahme seien die 365 M. 50 Pf. nach Ludwigsburg bezahlt worden. Auch durch Aufnahme in das Krankenhaus zu Eßlingen wäre eine Heilung des Fuchs nicht ermöglicht worden, wie denn schon das Traunsteiner ärztliche Zeugniß besage, daß Fuchs aus dem dortigen Spital entlassen worden sei, ohne daß seine Heilung habe bewerkstelligt werden können. Sollte jedoch dieser Irrthum über eine Thatsache (die Thatsache nemlich, daß Fuchs sich in Eßlingen in einem solch hilfsbedürftigen Zustand befunden, daß seine Aufnahme in ein Krankenhaus gemäß § 28 des Reichsgesetzes hätte geschehen sollen) sich nicht als ein völlig entschuldbarer darstellen, so werde doch zuzugeben sein, daß Eßlingen sich in einem völlig entschuldbaren Rechtsirrthum befunden habe; und daß dieser das Recht zur Rückforderung des irrthümlich Bezahlten begründe, gehe aus Entscheidungen des Bundesamts f. d. H. (Heft IX St. 63 und Heft X St. 45) hervor. Hiefür könne sich die Klage auch auf die Entscheidung der Kreisregierung zu Ulm im Vorprozesse berufen, welche ebenfalls die Ansicht des Armenverbands Eßlingen getheilt habe. Eine Schenkung habe letzterer an Ludwigsburg mit Bezahlung der 365 M. 50 Pf. nicht machen wollen.

Die von Rathsschreiber Mulfinger Namens des Beklagten abgegebene Vernehmlassung bestritt, daß die Voraussetzungen, unter welchen die Rückerstattung einer Zahlung verlangt werden könne, hier vorliegen, vor Allem, daß eine Nichtschuld entrichtet worden sei. Kläger habe durch die Art und Weise, wie von ihm das Unterstützungsgesuch des Fuchs erledigt worden, die Bestimmung des § 28 des Unterstützungswohnsitzgesetzes verletzt; ungeachtet des ihm vorgelegenen Traunsteiner Zeugnisses und obwohl er selbst wahrgenommen, daß Fuchs nur mit großer Mühe ganz kurze Strecken habe gehen können, obwohl ihm dessen Zustand und frühere spitalitische Verpflegung bekannt gewesen, sei demselben die erforderliche Unterstützung nur unvollständig mit Obdach und Verpflegung für Eine Nacht und durch Reisegeld von 1 Mark gewährt worden, so daß er nur in den Bezirk von Ludwigsburg habe gelangen können, um da wieder seine Hilfsbedürftigkeit geltend zu machen; das Geben von solchen Reiseunterstützungen, um sich der Hilfsbedürftigen zu entledigen,

sei aber von den Spruchbehörden längst für ungesetzlich erklärt. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs im Vorprozesse sei für Ludwigsburg schon darum nicht präjudizirlich, weil die thatsächlichen Verhältnisse in Eßlingen zu einem erheblichen Theile anders gelegen, als in Göppingen, wo nur der Polizeikommissär das Unterstützungsgesuch erledigt habe und kein Beweis erbracht worden sei, daß dieser Beamte für den Armenverband zu handeln gehabt und daß der Fall zur Kenntniß der zuständigen Armenbehörde gekommen sei. Auch die weiteren Voraussetzungen der condictio indebiti mangeln, indem nicht bewiesen sei, daß Kläger im Irrthum bezahlt habe und daß dieser Irrthum ein entschuldbarer sei, bloßer Rechtsirrthum aber, wie Kläger in zweiter Linie solchen behaupte, den Anspruch von vornherein als unstatthaft darstelle. Bitte um kostenfällige Abweisung des Klägers.

Replik: Auch in Eßlingen habe Fuchs Spitalverpflegung nicht verlangt, sondern ausdrücklich gesagt, er brauche blos Ruhe. Nach dem Inhalt der Zeugnisse und nach seinem eigenen Vorbringen habe man annehmen müssen, daß die gereichte Unterstützung so, wie sie geleistet worden, genüge. Auch aus dem Zeugniß des Oberamtsarztes in Ludwigsburg gehe hervor, daß Fuchs einer ärztlichen Behandlung nicht so bedürftig gewesen. Endlich sei eventuell zu bemerken, daß sich der Zustand des Fuchs ja auch schnell verschlimmert haben könne. Im Vorprozeß seien die Verhältnisse von gleicher Beschaffenheit gewesen, wie im gegenwärtigen, denn der Polizeikommissär in Göppingen habe damals als Stellvertreter des Stadtschultheißen gehandelt, die Hilfsbedürftigkeit sei somit zur Kenntniß der zuständigen Armenbehörde gelangt.

Am 15. September 1883 wies die Kreisregierung den Kläger kostenfällig ab.

Die rechtzeitig eingekommene Berufungsschrift machte geltend, daß das Urtheil I. Instanz dem Urtheil des Verwaltungsgerichtshofs vom 6. April 1881 im Vorprozesse zwischen Eßlingen und Göppingen entgegenstehe, denn in letzterem sei Eßlingen mit seiner Klage aus dem Grunde abgewiesen worden, weil in Göppingen eine Aufnahme des Fuchs in das Krankenhaus nicht erforderlich gewesen sei.

Im Uebrigen wurde von keiner Seite etwas Neues vorgebracht.

Auch der Verwaltungsgerichtshof wies unter Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils den Kläger kostenfällig ab.

Gründe: Die gegen das Urtheil des vorigen Richters rechtzeitig eingelegte Berufung konnte nicht als begründet erachtet werden.

Aus der Abweisung des an den Ortsarmenverband Göppingen erhobenen Anspruchs folgt noch keineswegs eine Berechtigung des Ortsarmenverbands Eßlingen zur Rückforderung des an den Armen-Verband Ludwigsburg geleisteten Ersatzes.

Dort lagen andere Verhältnisse vor, insbesondere konnte nach der Ausführung in den Entscheidungs-Grüuden zu obigem Urtheil nicht angenommen werden, daß der dem Kläger obgelegene Beweis einer zur Kenntniß der Ortsarmenbehörde Göppingen selbst gekommenen Hilfsbedürftigkeit des Fuchs wirklich erbracht sei.

In Eßlingen dagegen wurde das Unterstützungsgesuch des Fuchs von dem Vorstande der Ortsarmenbehörde und dem dortigen Rathsschreiber eingehend behandelt und mit Rücksicht auf die zu Tage getretene Hilflosigkeit des Fuchs, welche ihm das Gehen nur mit größter Mühe gestattete, dessen Aufnahme in das städtische Spital verfügt. Wenn er nun dort nur Einen Tag verpflegt und andern Tags schon mit einer nur für eine kurze Eisenbahnfahrt ausreichenden Reiseunterstützung weiter befördert wurde, so erschien dieses Verfahren in der That als eine Verletzung der nach § 28 des Reichsgesetzes dem vorläufig verpflichteten Armenverbande obliegenden Verbindlichkeit.

Die Ortsarmenbehörde in Eßlingen mußte voraussehen, daß der Hilfsbedürftige alsbald wieder die Unterstützung eines andern Armenverbands nachzusuchen genöthigt sein werde, während es doch ihre Pflicht gewesen wäre, die Unterstützung solange fortzusetzen, bis deren Nothwendigkeit aufhörte oder bis der definitiv verpflichtete Armenverband, sei es freiwillig oder in Folge einer ihm vom Verwaltungsrichter auferlegten Verbindlichkeit, die Fürsorge übernahm.

Auch der Umstand, daß nach den von Fuchs mitgebrachten

amtlichen und ärztlichen Zeugnissen aus Sterzing in Tyrol und aus Traunstein in Bayern, sowie nach den angeblich in Eßlingen gemachten eigenen Aussagen des Fuchs selbst dessen Aufnahme in eine Krankenanstalt nicht gerade geboten gewesen sein solle, machte die jedenfalls sonst gebotene Fürsorge und das dißfällige Einschreiten des vorläufig verpflichteten Armenverbands nicht überflüssig, da der Armenbehörde zu Eßlingen die Hilflosigkeit und Arbeitsunfähigkeit des Fuchs schon nach seiner äußeren Erscheinung, auch abgesehen von den das noch ungeheilte Leiden des Fuchs bestätigenden Zengnissen, hinreichend nahegelegt worden war. Ueberdieß ist nach der Ankunft des Fuchs in Ludwigsburg dessen schon vorher bestandene Krankheit und Hilfsbedürftigkeit durch ein schon am 24. Februar 1879 von dem dortigen Oberamtsarzt ausgestelltes Zeugniß weiter bestätigt worden.

Da hienach die Ortsarmenbehörde Eßlingen mit dem von ihr geleisteten Ersatz keineswegs aus Irrthum eine Nichtschuld entrichtet hat, so mußte so wie geschehen erkannt werden.

5) Zur Entscheidung über Klagen auf Ersatz eines durch die dienstliche Thätigkeit eines öffentlichen Dieners erwachsenen Schadens sind die Verwaltungsgerichte nicht zuständig.

Urtheil vom 8. Juni 1881.

Kunstmüller Friedrich Hahn in Reutlingen Kläger, Berufungskläger, gegen den Schultheiß Schüle in Unterhausen O.A. Reutlingen, Beklagten, Berufungsbeklagten, Schadensersatzforderung betr.

In Folge einer Beschwerde mehrerer Wiesenbesitzer von Unterhausen, daß wegen einer bedeutenden Krümmung des Echazbettes das Wasser auf ihre Wiesen austrete und diese versumpfen, und in Folge eines Ruggerichtsrezesses vom 12. Dezember 1878 beschloßen die dortigen bürgerlichen Kollegien am 4. August 1879, das Wasserbett von dem angeschwemmtem Kies reinigen zu lassen. Die Reinigung geschah vom 15. bis 16. September 1879 in der Weise, daß in das rechtsseitige Ufer eine Oeffnung gegraben und mittelst eines im Flußbett aufgeworfenen Dammes sämmtliches Echazwasser in die Wiesen geleitet wurde, wodurch alles

Wasser dem Flußbett und den Wasserwerken entzogen wurde. Mit der Ausführung der Reinigung war der Frohnmeister betraut worden. Dieß veranlaßte drei Fabrikanten und Wasserwerkbesitzer von Pfullingen zur Beschwerde beim Oberamt Reutlingen, daß ihnen kein Wasser mehr zukomme und ihre Werke still stehen. Das Oberamt beauftragte noch am gleichen Tage (16. September) den Oberamtsbaumeister, Einleitung zu treffen, daß das Wasser seinen gewöhnlichen Lauf wieder nehme, und es ordnete derselbe an, daß zuerst stets die eine Hälfte der Flußsohle nach vorhergegangener Abdämmung ausgehoben, hierauf das Wasser in den ausgegrabenen Theil geleitet, dann die andere Hälfte ausgehoben und so der ganzen Strecke entlang verfahren werde. Die Oeffnuug am Ufer wurde geschlossen und der Damm beseitigt, damit das Wasser in einigen Stunden den Werken wieder zufließe. An das Schultheißenamt war derselbe Auftrag ergangen, einzuleiten, daß das Wasser seinen ungehinderten Lauf wieder erhalte.

Am 28. November 1879 erhob nun der Bevollmächtigte des Kunstmühlebesitzers Hahn in Reutlingen bei der dortigen Kreisregierung Klage gegen den Schultheiß Schüle. Er habe in unstatthafter und unberechtigter Weise mit einem Abschlag das Bett der Echaz gesperrt, das Wasser auf die Wiesen gedrängt und dort zurückbehalten, die Mühle des Klägers sei vom 13. September Abends bis 16. September Abends stillgestanden und ihm hiedurch ein Verdienst von 300 Mark verloren gegangen, er beschränke jedoch seine Ersatzforderung auf 100 M. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts wurde näher begründet und gebeten, den Schultheiß Schüle zur Bezahlung dieser Summe kostenfällig zu verurtheilen.

In der von Schultheiß Schüle unterzeichneten Vernehmlassung wurde im Wesentlichen geltend gemacht, er habe weder als Privatperson noch als Schultheiß das Wasser zurückgehalten, er habe nur die betreffenden Gemeindediener überwacht, als sie in Ausführung des Beschlusses der bürgerlichen Kollegien das Flußbett gereinigt haben, nicht er sei also Urheber und verantwortlich, sondern die bürgerlichen Kollegien, und nur sie wären die rechten Beklagten. Gebeten wurde, den Kläger kostenfällig abzuweisen.

Die Replik bemerkte, der Beklagte hätte höheren Orts vorher anfragen sollen, die Reinigungsarbeiten hätten auch bei Belassung des Wassers im Bett vollzogen werden können und jedenfalls hätte nur die eine Hälfte vorerst ausgehoben werden sollen, dann wäre keine Störung entstanden.

Bei der mündlichen Verhandlung vor der Kreisregierung wurde vom Beklagten die Einrede des unzuständigen Gerichts vorgebracht, denn es handle sich nicht um Benützung des öffentlichen Wassers, sondern um eine Störung in dieser Benützung, also um ein Delikt. Der Anwalt des Klägers entgegnete, es werde die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts behauptet, denn der Kläger sei in der Benützung des Wassers durch die Einwirkung auf dasselbe ohne Zustimmung der staatlichen Behörden gestört worden, eine solche Einwirkung sei unzulässig. Beklagter sei nach § 42 des Verwaltungsedikts der rechte Beklagte, als Schultheiß habe er die Beschlüsse zu vollziehen gehabt, auch gebe er ja die Ueberwachung der Arbeit zu; nothwendig sei die Reinigung gewesen, aber sie hätte erst nach öffentlicher Bekanntmachung und nicht so überraschend ausgeführt werden sollen, die Abdämmung sei wegen der niedrigen Temperatur unbequem gewesen, aber auf des Oberamtsbaumeisters Anordnung sei schließlich doch mit der Abdämmung vorgegangen worden, Schüles Handlungsweise sei eine unberechtigte und rechtswidrige, ein damnum injuria datum.

Im Uebrigen wurde nichts Neues vorgebracht.

Am 21. August 1880 hat die Kreisregierung die Klage wegen Unzuständigkeit des Verwaltungsrichters zurückgewiesen.

In der Berufungsschrift trug der klägerische Anwalt weiter vor: Zwar handle es sich hier um eine Entschädigungsforderung und der Beklagte sei Schultheiß von Unterhausen, aber nicht die Qualität des Streitgegenstandes, sondern die Natur des im Streit liegenden Verhältnisses, also die Qualität des von dem Kläger seinem Anspruche unterstellten Rechtsgrundes, ob solcher dem öffentlichen oder dem Privatrecht angehöre, sei für die Zuständigkeitsfrage entscheidend. In vorliegender Streitsache sei der dem erhobenen Anspruch unterstellte Rechtsgrund das öffentliche Wasser und das daran ertheilte öffentlich rechtliche Benützungs-

recht, welche nicht verletzt werden dürfen, und dieser Rechtsgrund gehöre dem öffentlichen Rechte an. Wenn in Württemberg die Zuständigkeit der Civilgerichte für Entschädigungsklagen gegen öffentliche Diener wegen des durch eine pflichtwidrige amtliche Handlung gestifteten Schadens anerkannt sei, so sei damit wohl nur der vielfach in Theorie und Praxis sich geltend machenden Ansicht, solche Klagen seien schlechthin von der Civilgerichtsbarkeit ausgeschlossen, entgegengetreten, es sei aber damit wohl nicht gesagt, daß die letztere auch in einem Falle wie der gegenwärtige, wo das Amt selbst und dessen besondere Pflichten nicht verletzt seien, begründet sei. Gebeten wurde, die erkannte Zurückweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des Verwaltungsrichters aufzuheben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung dem Richter voriger Instanz zurückzugeben, eventuell so zu entscheiden, wie in der Klage gebeten worden.

Die Vernehmlassung entgegnete: Art. 10 Ziff. 24 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege treffe hier nicht zu. Der Impuls der Thätigkeit des Beklagten sei nicht ein Recht gewesen, welches die Gemeinde Unterhausen sich am öffentlichen Wasser zuschreiben wolle, sondern nur die Pflicht der Gemeinde zur Uferunterhaltung, welche in dem fraglichen Akt zur Erscheinung habe kommen sollen, mithin sei das öffentliche Wasser nicht das wirkliche Objekt des Rechts oder eines Rechtsanspruchs, sondern blos das zufällige Objekt, das Mittel der Thätigkeit geworden. Hienach stelle sich die Thätigkeit des Beklagten als eine solche dar, welche nur entweder Gegenstand einer Beschwerde bei der Verwaltungsbehörde als Polizeibehörde habe sein können oder aber eine rechtswidrige gewesen sei. Im letzteren Falle sei die Verletzung des betreffenden Gesetzes über Vornahme von Uferbauten der Grund des Anspruchs, also rein das Delikt. Dieses, wenn sein Thatbestand auch in dem Vorhandensein eines Polizeigesetzes liege, mache die Handlung nicht zu einer vor die Administrativjustizbehörde gehörige. Eben so wenig mache es die Handlung dazu, wenn die Entziehung des öffentlichen Wassers eine Folge der Pflichtverletzung gewesen sei. Sogar wenn darauf geklagt wäre, daß in Zukunft dieser Modus der Uferherstellung als ein unberechtigter anzuerkennen sei, würde dieß die Sache nicht zur Administrativstreitsache machen,

weil nicht das Wasser es sei, das benützt werden wolle. Bitte um kostenfällige Abweisung der Berufungsklage.

Der Verwaltungsgerichtshof hat das erstinstanzliche Urtheil bestätigt.

Gründe. Der Beklagte ist von dem Kläger auf Schadens-Ersatz belangt und zwar nach dem ganzen Sachverhalt und den ausdrücklichen und bestimmten Anführungen des Klägers aus keinem andern Grunde, als weil er in seiner Eigenschaft als Schultheiß den Beschluß der bürgerlichen Kollegien von Unterhausen vom 4. August 1879, eine Reinigung des Wasserbetts der Echaz vorzunehmen, diese Reinigung und die Ableitung des Wassers zur Ausführung gebracht und überwacht habe, wobei dem Beklagten von klägerischer Seite hauptsächlich zur Last gelegt werden will, daß er in Ausführung jenes Beschlusses zu weit gegangen sei, daß hiebei das Wasser der Echaz und zwar ohne Einholung einer höheren Genehmigung und ohne vorgängige Bekanntmachung vollständig abgeschlagen worden sei, daß der Beklagte dieß zugelassen habe, anstatt nur eine theilweise Abdämmung des Wassers anzuordnen, wie nachher am 16. Septbr. 1879 von dem Oberamtsbaumeister verfügt worden sei; durch diese gänzliche Ableitung der Echaz aus ihrem Bette sei dasselbe der Mühle des Klägers entzogen, der Stillstand der letzteren vom 13. Septbr. 1879 Abends bis 16. September Abends herbeigeführt und dem Kläger ein Schaden von 100 M. verursacht worden. Des Beklagten Handlungsweise sei „eine unberechtigte, ordnungswidrige gewesen, er hafte für diesen Schaden und werde auf dessen Ersatz belangt".

Nach diesem Anspruch des Klägers und dessen Begründung kann es nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß gegen den Beklagten auf Schadensersatz geklagt ist und zwar wegen eines Verhaltens in einer öffentlichen Gemeindeangelegenheit und in seiner amtlichen Eigenschaft als Schultheiß.

Für solche Entschädigungsklagen gegen öffentliche Diener wegen ihrer Amtshandlungen und wegen Verletzung ihrer Amtspflicht sind nach den Grundsätzen, von welchen man in Württemberg stets ausgegangen ist, nicht die Administrativbehörden, nicht die Verwaltungsgerichte, sondern die bürgerlichen

Gerichte zuständig, indem es sich um einen zugefügten vermögensrechtlichen Nachtheil und dessen Ersatz handelt (Berner-Schäfer, das Verfahren in bürgerlichen Streitsachen S. 86, Württemb. Archiv Band XV. S. 52, Hohl das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 S. 88). Hauptsächlich ist ins Auge zu fassen, daß der Art. 10 Ziff. 24 des soeben erwähnten Gesetzes vom 16. Dezember 1876 nur Streitigkeiten in Betreff der Benützung öffentlicher Gewässer den Verwaltungsgerichten zur Verwaltung und Entscheidung zuweist. Es braucht jedoch kaum bemerkt zu werden, daß es sich im vorliegenden Falle in keinerlei Weise um einen Streit wegen einer solchen Benützung eines öffentlichen Gewässers unter den an ihr gemeinsam Betheiligten, sondern darum handelt, ob der Beklagte als Schultheiß durch eine ordnungswidrige Ableitung des Wassers der Echaz dem Kläger an seinem Verdienst als Müller einen Verlust, einen Schaden von 100 Mark zugefügt und diesen Schadenersatz zu leisten habe. Ein solcher Schadenersatzanspruch fällt nicht unter die Ziffer 24 des Art. 10 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 und überhaupt nicht unter irgend eine Ziffer dieses die verwaltungsrichterliche Zuständigkeit bestimmenden Artikels 10, weshalb für den vorliegenden Streitfall diese Zuständigkeit nicht anzunehmen, sondern mit dem Gerichte erster Instanz diese vor dem Verwaltungsgerichte erhobene Schadensersatzklage wegen Unzuständigkeit des Verwaltungsrichters, wie geschehen, zurückzuweisen war.

Aus dieser Zurückweisung der Klage mußte sich auch die Verfällung des Klägers in die Kosten beider Instanzen und in die Sporteln ergeben.

6) Benützung eines öffentlichen Wassers.

Die Konzession zu einer Anlage an einem öffentlichen Wasser gibt nur ein Recht auf das zum Betrieb dieses Werkes nothwendige Wasser. Eine Klage, dahin gehend, es wolle einem Dritten ein nicht näher bestimmtes Mitbenützungsrecht an diesem Wasser für alle Zukunft untersagt werden, ist unzulässig.

Urtheil vom 3. Dezember 1881.

Bauernmüller J. Junginger von Langenau O.A. Ulm, Kläger, Berufungsbeklagter, gegen die Stadtgemeinde Langenau, Beklagte, Berufungsklägerin.

Unmittelbar vor Langenau entspringt die Nau. Nachdem sie 3 Wasserwerke getrieben hat, nimmt sie auf ihrem rechten Ufer den von Hörvelsingen herkommenden Flözbach auf und treibt bald nach dessen Einlauf die sog. Bauernmühle in Langenau. Im September 1880 errichtete nun die Stadt Langenau in ziemlicher Entfernung von der Stadt in ihrer Kiesgrube eine Schlittschuhbahn. Zu diesem Zwecke wurde ein Fallenstock in den Flözbach eingesetzt und mittelst einer Röhre Wasser aus dem Flözbach unter der Straße in einen Graben abgeleitet und durch denselben der Kiesgrube zur Bildung eines durch Einfrieren eine Schlittschuhbahn herstellenden Teichs zugeführt. Am 15. März 1881 reichte deßhalb der von dem Bauernmüller Junginger bevollmächtigte Rechtsanwalt Sch. in Ulm bei der dortigen Kreisregierung eine Klage gegen die Gemeinde Langenau ein, worin gesagt wird: der Flözbach stärke wesentlich die Wassermenge der Nau und sei als wärmeres Wasser wegen der Verzögerung der Eisbildung für sie von besonderem Werth, durch die Ableitung des Flözbachs werde die Wassermenge der Nau, die wie der Flözbach ein öffentliches Gewässer sei und auf deren Benützung als Betriebswasser für seine Mühle Kläger ein Recht habe, geschmälert, er habe deßhalb gegen das Vorhaben des Gemeinderaths protestirt, die Gemeinde habe aber erst vor wenigen Wochen den ursprünglichen Zustand wieder hergestellt. Um nun für alle Zukunft gegen wiederholte Störungen seines Rechts geschützt zu sein, bitte er, die Gemeinde zu verurtheilen, sie habe anzuerkennen, daß ihr kein Recht zustehe, den hergebrachten natürlichen Lauf des Flözbachs zu verändern und das Gewässer des Bachs irgendwohin abzuleiten.

Die Gemeinde gab die Vernehmlassung dahin ab: Für die Langenauer Mühlen sei der Einfluß des Flözbachs in die Nau durchaus bedeutungslos, zuweilen sogar hinderlich. Wenn die Nau einer Verstärkung bedürfe, was höchst selten vorkomme, so habe der Flözbach kein Wasser, zu Zeiten, wo

er fließe, habe die Nau Ueberfluß an Wasser und verursache der Flözbach häufig den Müllern Hinterwasser. Der Kläger sei daher durch die vorübergehende Bildung der Eisbahn nicht in seinem Rechte auf Benützung des Nauwassers gekränkt. Uebrigens habe Beklagte zu keiner Zeit ein Recht in Anspruch genommen, den hergebrachten natürlichen Lauf des Flusses dauernd zu verändern, sondern sie habe lediglich in vorübergehender Weise und ohne jeden Nachtheil für den Kläger über das Wasser verfügt — in ähnlicher Weise, wie sie es jeden Sommer, ohne von irgend einer Seite Widerspruch zu finden, zum Zweck der Bewässerung thue. Dem Kläger fehle jedes rechtliche Interesse an der von ihm beantragten Anerkennung, weßhalb um dessen kostenfällige Abweisung gebeten werde.

Die Replik machte geltend: die Nau sei selbst mit dem Flözbachwasser für den Betrieb der Langenauer Mühlen nicht hinreichend, wenn auch das Wasser des Flözbachs zu allen Zeiten eine Vermehrung, und zwar eine dem Mühlenbetrieb förderliche Vermehrung des Nauwassers bewirke. Auf das Mehr oder Weniger könne es nicht ankommen, denn wenn die Gemeinde die Ableitung in die Kiesgrube vornehmen dürfte, so würden bald andere Orte der Benützung nachfolgen und aus dem kleineren ein größerer Schaden entstehen.

Bei der mündlichen Verhandlung vor der Kreisregierung stellte der Vorsitzende die Frage, ob die Beklagte nicht bereit sei, anzuerkennen, daß ihr auch in Zukunft ein Recht der Benützung des Flözbachs in der 1880 erfolgten Weise nicht zustehe, und sich anheischig zu machen, kein Wasser mehr aus dem Flözbach zu irgend einem Zweck abzuleiten. Der Anwalt der Beklagten behielt sich eine Antwort hierauf vor und gab diese 2 Monate später dahin: Die Beklagte beharre darauf, daß sie nie ein Recht beansprucht habe, den hergebrachten natürlichen Lauf des Flözbachs zu verändern, und daß die vorübergehende Anfüllung der Kiesgrube eine für den Kläger mit keinem Schaden verbundene Benützung des Flözbachs gebildet habe, welche zu verbieten Kläger kein Interesse und kein Recht habe. Sein Recht auf das Wasser des Flözbachs sei kein in der Art ausschließliches, daß er Dritten jede Art der Wasserbenützung, die ihm keinen Schaden bringe,

verbieten könne. Um ein rechtliches Interesse an der erhobenen Anerkennungsklage zu begründen, müßte er behaupten und erweisen, daß er durch Handlungen, wie sie die Gemeinde vorgenommen, stets und unter allen Umständen geschädigt werde, andern Falls bliebe ihm nur übrig, wegen des im speziellen Fall erlittenen Schadens Ersatz zu fordern.

Bei der zweiten mündlichen Verhandlung machte der Vorsitzende darauf aufmerksam, daß nach dieser Erklärung der Klage gewissermaßen statt gegeben und letztere gegenstandslos geworden sei. Kläger gab dieß theilweise zu, in Berücksichtigung des Umstands jedoch, daß Beklagte sich für berechtigt halte, das Wasser des Flözbachs in beliebiger Weise mitzubenützen, die Ableitung desselben mittelst einer Röhrenleitung aber nicht unter das allgemeine Wasserbenützungsrecht des Publikums falle, bat Kläger gleichwohl um ein Urtheil im Sinne des Klagpetitums mit dem ergänzenden Nachtrag, „daß die Beklagte hienach insbesondere nicht berechtigt sei, den Flözbach ganz oder theilweise zu irgend einer Zeit des Jahrs mittelst der im Winter 1880 angebrachten Röhrenleitung oder auf andere Weise in die nahe der Stadt angelegte Sandgrube einzuleiten."

Am 31. August 1881 erkannte die Kreisregierung: Beklagte habe nicht das Recht, den hergebrachten natürlichen Lauf des Flözbachs zu verändern und dessen Wasser irgendwohin abzuleiten, der Beklagten stehe insbesondere nicht zu, den Flözbach ganz oder theilweise zu irgend einer Zeit des Jahrs mittelst einer Röhrenleitung oder auf andere Weise in die städtische Kiesgrube einzuleiten.

Die Gründe waren: die, wenn auch nur vorübergehende, Ableitung eines öffentlichen Wassers mittelst Abzugsröhren gehöre nicht zu dem sog. Gemeingebrauch des Wassers, unterliege also, wenn hiedurch öffentliche oder Privatinteressen beeinträchtigt werden, der obrigkeitlichen Erlaubniß. Diese sei hier nicht eingeholt worden, während doch der Kläger am Lauf des Flözbachs betheiligt sei, denn er habe nicht nur ein Interesse daran, sondern ein Recht darauf, daß seinem Wasserwerk das Betriebswasser wie bisher zufließe, was durch dessen Ableitung verhindert werde. Dem Kläger könne mithin das Recht zur Klagerhebung im Sinne

des § 231 der RCP-Ordnung wegen mangelnden Interesses nicht bestritten werden.

Gegen diese Begründung wendete die Beklagte in der Berufungsinstanz ein: Wenn es auch richtig sei, daß die Stadt nicht ohne vorherige Erlaubniß der zuständigen Behörde hätte vorgehen sollen, so habe dieß mit der Berechtigung des Klägers nichts zu schaffen, im Gegentheil folge aus dem von der Kreisregierung aufgestellten Grundsatz, daß die Handlung der Beklagten polizeilicher Erlaubniß fähig, also nicht unter allen Umständen unberechtigt und durch das Recht des Klägers ausgeschlossen sei, und da die Gemeinde weder die dauernde noch die vorübergehende Ableitung des Flözbachs als Recht beanspruchte habe, so habe sie nicht das Recht des Klägers, sondern höchstens ihre Pflicht zur Einholung obrigkeitlicher Erlaubniß verletzt. Es sei also für den Kläger kein Grund vorgelegen, die Gemeinde im Verwaltungsrechtsweg zu belangen, dagegen wäre es ihm unbenommen geblieben, das Vorgehen der Gemeinde im Beschwerdewege zur Kenntniß der vorgesetzten Behörde zu bringen.

Der Verwaltungsgerichtshof wies unter Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils den Kläger kostenfällig ab.

Gründe. 1) Der Richter voriger Instanz hat seine Entscheidung zunächst auf eine Grundlage gestützt, die von dem Kläger zur Rechtfertigung des von ihm erhobenen Anspruchs gar nicht geltend gemacht war, und deren Beurtheilung zunächst der Verwaltungsbehörde, nicht dem Verwaltungsrichter anheimfällt. Ob die von der Beklagten getroffene Einrichtung in dem Flözbach zur Zuführung von Wasser desselben in die städtische Kiesgrube für die Bildung einer Eisbahn nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung der Genehmigung der Behörde bedurfte, untersteht dem Erkenntniß der Verwaltungsbehörde ebenso, wie die Beurtheilung der Folgen der Nichteinholung dieser Genehmigung und der zu treffenden Verfügung derselben zusteht. Auch ist klar, daß aus dieser Nichteinholung der Genehmigung an sich nichts für das dem Kläger der Beklagten gegenüber zustehende Recht folgt.

2) Der Kläger hat sich zur Begründung des von ihm

erhobenen Anspruchs lediglich auf die ihm zustehende Berechtigung zum Betrieb der Bauernmühle berufen und der vorige Richter diesen Anspruch in der Hauptsache für begründet erkannt, weil der Kläger ein Recht darauf habe, daß seiner Mühle das Betriebswasser wie bisher zufließe, und aus der Lage der Mühle offenbar erhelle, daß der Flözbach zur Verstärkung des letzteren diene und die Wassermenge der Nau durch Ableitung desselben vermindert werde. Allein durch seine Konzession hat der Kläger nur ein Recht auf das für den Betrieb seiner Mühle nothwendige Wasser, nicht auf das Wasser der Nau in seinem ganzen Umfang erlangt. Es ist daher im einzelnen Fall Gegenstand der sachverständigen Prüfung, ob und inwieweit dieses nothwendige Wasser durch eine neue Anlage beinträchtigt wird und eventuell, welche Vorkehrungen zur Abwendung einer solchen Beeinträchtigung zu treffen sind.

3) Klar ist hiernach, daß die allgemein gehaltenen Behauptungen des Klägers, daß die im Winter 1880 stattgehabte, im März 1881 aber wieder aufgegebene Ableitung des Wassers des Flözbaches durch die Beklagte die Wassermenge der Nau geschmälert habe, „daß die Nau selbst mit dem Flözbachwasser für den Betrieb der Langenauer Mühlen nicht hinreichend sei," — zur Begründung des von ihm in Anspruch genommenen Rechts, wie er glaubt, dasselbe allgemein gegen jede von der Beklagten in Zukunft etwa beansprucht werdende Benützung des Wassers des Flözbachs geltend machen zu können, um so weniger genügen, als er selbst anführt, „daß, wenn die Beklagte die Ableitung in die Kiesgrube vornehmen dürfte, bald andere Arten der Benützung nachfolgen und aus dem kleineren ein größerer Schaden entstehen würde", — und klar ist ferner, daß sein Recht der Einsprache gegen die Art und Weise der Benützung des Flözwassers durch die Beklagte nur gegen einen konkreten Plan dieser Benützung, nicht aber gegen eine — unbestimmt welche — Benützung dieses Wassers unter der obigen im einzelnen Fall zu konstatirenden Voraussetzung wirksam werden kann, um so mehr, als die Wassermenge des Flözbachs eine veränderliche ist.

Beschreibung des Oberamts Ulm S. 14. 150.

Ein solcher Plan der Benützung des Floßwassers durch die

Beklagte liegt aber derzeit nicht vor und ist deßhalb auch nicht Gegenstand der Verhandlung gewesen. Die Beklagte hat sich in dieser Beziehung auf die Erklärung beschränkt, daß sie nie ein Recht beansprucht habe, den hergebrachten natürlichen Lauf der Flöz zu verändern.

4) Da hiernach der von dem Kläger allgemein geltend gemachte Anspruch der nöthigen Begründung ermangelt, so mußte wie geschehen erkannt werden.

7) § 3 Abs. 1 des Reichsgesetzes über die Freizügigkeit vom 1. November 1871 und damit Art. 11 und Art. 19 lit. b Satz 1 des württembergischen revidirten Bürger- und Beisitz-Rechtsgesetzes vom 4. Dezember 1833 sind durch das Reichsstrafgesetzbuch nicht aufgehoben. — Unter Art. 19 lit. b des revid. Bürgerrechtsgesetzes fällt nicht nur der vollendete, sondern auch der versuchte Betrug.

Urtheil vom 5. April 1882.

Die Wittwe Rosine C. von Rothenberg, O.A. Cannstatt, Klägerin, Berufungsklägerin, gegen die Gemeinde Untertürkheim, Beklagte, Berufungsbeklagte, Versagung des Aufenthalts in dem Gemeindebezirk Untertürkheim betreffend.

Die Wittwe C., früher in Eßlingen, von 1861 ab in Gmünd wohnhaft, wurde durch Erkenntniß der Strafkammer des Gerichtshofs in Ellwangen vom 3. Januar 1877 wegen Fälschung einer Privaturkunde und versuchten Betrugs zu sechsmonatlicher Gefängnißstrafe verurtheilt. Nach Erstehung dieser Strafe schlug sie ihren Wohnsitz in Stuttgart auf. Hier und ebenso in Cannstatt, wohin sie gezogen war, ausgewiesen wendete sie sich nach Untertürkheim, wo der schon in Stuttgart gegen sie erhobene Verdacht der gewerbsmäßigen Unzucht, bezw. der Begünstigung dieses Vergehens von Neuem auftauchte und den Gemeinderath zu dem am 3. August 1881 gefaßten Beschluß veranlaßte, beim Oberamt die Ausweisung der Wittwe C. aus Untertürkheim zu beantragen. Diesem Antrage statt gebend beschloß das Oberamt Cannstatt am 19. August 1881, der Wittwe C. auf Grund des Art. 11 Ziff. 4 und Art. 19 lit. b

des revidirten Bürgerrechtsgesetzes, sowie des § 3 des Freizügigkeitsgesetzes den ferneren Aufenthalt zu Untertürkheim auf die Dauer von 6 Jahren, vom 3. Januar 1877 an gerechnet, zu untersagen, was ihr sofort eröffnet wurde.

Am 26. August 1881 brachte die Wittwe C. bei der Kreisregierung in Ludwigsburg eine Klage gegen den Gemeinderath Untertürkheim an auf Aufhebung der oberamtlichen Verfügung, weil sie nur wegen versuchten Betrugs gestraft worden sei, Art. 19 lit. b des revidirten Bürgerrechtsgesetzes mithin nicht zutreffe.

Die Kreisregierung wies die Klage durch Bescheid vom 4. November 1881 auf Grund des Art. 27 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege als rechtlich unbegründet zurück.

Auf den von der Klägerin erhobenen Einspruch wurde die Klage dem Gemeinderath Untertürkheim zur Vernehmlassung mitgetheilt und eine mündliche Verhandlung gepflogen. In der Vernehmlassung beharrte der Beklagte auf seinem Ausweisungsverlangen.

Durch Urtheil der Kreisregierung vom 14. Dezember 1881 wurde die Klägerin mit ihrer Klage kostenfällig abgewiesen. Nach Art. 11. Abs. 2 in Verbindung mit Art. 19 lit. b des revidirten Bürgerrechtgesetzes und § 3 Abs. 1 des Freizügigkeitsgesetzes, war in den Entscheidungsgründen gesagt, müsse der Aufenthalt in einer Gemeinde auf den Antrag des Gemeinderaths durch das Bezirksamt jeder daselbst nicht heimatberechtigten Person versagt werden, welche in den letzten 6 Jahren wegen Betrugs mit irgend einer Strafe belegt worden. Eine Beschränkung auf die Fälle des vollendeten Delikts sei in dem Gesetz nicht enthalten, vielmehr sei daraus, daß nach demselben irgend welche Bestrafung wegen Betrugs zu Begründung der Ausweisung genüge, und daß begrifflich zweifellos unter die Kategorie des Betrugs auch der versuchte Betrug falle, zu entnehmen, daß die allgemeine Gesetzesbestimmung auch im Falle des blos versuchten Betrugs Anwendung finde. Der Ausweisungsbeschluß des Oberamts sei mithin begründet.

In der Instanz des Verwaltungsgerichtshofs wurde nichts Neues vorgebracht.

Die Frage, ob § 3 Abs. 1 des Freizügigkeitsgesetzes und damit Art. 11 und 19 lit. a und b Satz 1 des revidirten

Bürgerrechtsgesetzes in Folge des Reichsstrafgesetzes außer Geltung getreten seien, ist in der Theorie kontrovers. Für die Bejahung haben sich in Württemberg ausgesprochen Bitzer, Amtsblatt des Min. des Innern von 1871 S. 203, von 1872 S. 161, Bätzner öffentliche Armenpflege S. 5 Anm. zu § 3 des Freizügigkeitsgesetzes, für die Verneinung Flammer, Amtsblatt von 1871 S. 203 Anm., Weinheimer, Amtsblatt von 1876 S. 33 ff., Schicker, Amtsbl. von 1878 S. 111, Sarwey, Württ. St.-R. B. 1. S. 202. In der Praxis ist die Frage zufolge eines in diesem Archiv veröffentlichten Erkenntnisses des Geheimen-Raths vom 26. April 1876 Nr. 1 in verneinendem Sinne entschieden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Ansicht des Geheimen-Raths getheilt und die Klägerin unter Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils kostenfällig abgewiesen.

Gründe. Die von der Klägerin beanstandete Verfügung des Oberamts Cannstatt vom 19. August 1881 gründet sich auf die Bestimmungen des Art. 11 Abs. 2 und Art. 19 lit. b Satz 1 des revidirten Bürgerrechtsgesetzes sowie des § 3 Abs. 1 des Reichsgesetzes über die Freizügigkeit, deren fortwährende Giltigkeit in der Rechtsprechung der württembergischen Verwaltungsjustizbehörden anerkannt ist. Nach den gedachten Bestimmungen des Bürgerrechtsgesetzes muß auf die Einsprache des betreffenden Gemeinderaths der Aufenthalt in einer Gemeinde wegen schlechten Prädikats demjenigen versagt werden, welcher in den 6 letzten Jahren wegen Diebstahls oder Betrugs mit irgend einer Strafe belegt worden. Daß im Sinne des Gesetzes der Begriff des Betrugs 2c. hier auch den versuchten Betrug in sich schließt, ist aus den in der Entscheidung des vorigen Richters angeführten Gründen, sowie im Hinblick darauf, daß mit der Aufstellung in Art. 19 lit. b gleich derjenigen der übrigen Fälle das positive Merkmal eines schlechten Prädikats bezeichnet werden sollte, als zweifellos anzunehmen. Da nun die Witwe C. durch Urtheil der Strafkammer des Kreisgerichtshofs in Ellwangen vom 3. Januar 1877 wegen Fälschung einer Privaturkunde und versuchten Betrugs zu einer 6-monatlichen Gefängnißstrafe

Nr. 1. Bd. 18. S. 90 ff., Min.-Amtsbl. v. 1876, S. 159.

verurtheilt wurde, so war die vom Gemeinderath Untertürkheim beantragte und vom Oberamt Cannstatt beschlossene Ausweisung derselben aus der Gemeinde Untertürkheim für rechtlich vollkommen begründet, ebenso die Begrenzung der Wirksamkeit der Maßregel auf den Zeitraum von 6 Jahren vom 3. Januar 1877 an gerechnet als den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend zu erachten, folgeweise die Klägerin mit ihrer Klage und Berufungsklage kostenfällig abzuweisen.

Ein weiterer Grund für die Unterstellung auch des versuchten Betrugs unter Art. 19 lit. b des revidirten Bürgerrechtsgesetzes dürfte der sein, daß das Reichsstrafgesetz, abweichend von der früheren württembergischen Gesetzgebung, den Versuch nur bei den im Gesetz ausdrücklich bezeichneten Vergehen oder Verbrechen als strafbar bezeichnet, mithin da, wo es dieß thut — und nach § 263 ist der versuchte Betrug strafbar — den Versuch als besonderes Vergehen oder Verbrechen betrachtet.

8) § 94 der Reichscivilprozeßordnung findet auch auf das verwaltungsrichterliche Verfahren Anwendung.

Urtheil vom 5. April 1882.

Ortsarmenverband Essingen, Oberamts Aalen, Kläger, Berufungskläger, gegen Landarmenverband Cannstatt, Beklagten, Berufungsbeklagten, Ersatzforderung, jetzt nur noch Tragung der Prozeßkosten betreffend.

Durch Urtheil der Kreisregierung in Ludwigsburg vom 8. November 1881 ist der Beklagte, unter Abweisung des Klägers mit seiner Mehrforderung, verurtheilt worden, für die Verköstigung des Friedrich Bäuerle von Eßingen dem Kläger 47 M. 60 Pf. nebst Zinsen zu 5% von der Klagezustellung an sowie für die Anschaffung eines Betts 13 M. 45 Pf. zu erstatten, und ist im Kostenpunkte erkannt worden, daß jeder Theil die von ihm aufgewendeten Prozeßkosten selbst zu tragen habe. Hiegegen hat der Bevollmächtigte des Ortsarmenverbands Essingen rechtzeitig Berufung erhoben, jedoch, wie die Berufungsschrift hervorhob, nur soweit das Urtheil die Tragung der Prozeßkosten normirte. Es wurde beantragt, unter

Abänderung dieſes Theils des ergangenen Urtheils den Beklagten in ³/₄ Theile ſämmtlicher Koſten I. Inſtanz, ſowie in ſämmtliche Koſten II. Inſtanz zu verurtheilen.

Die Vernehmlaſſung beſtritt, daß die Berufung materiell begründet ſei, und bat um koſtenfällige Zurückweiſung des Klägers.

Bei der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof wurde der allein erſchienene klägeriſche Anwalt darauf hingewieſen, daß es ſich zunächſt um die Vorfrage handle, ob § 94 der Reichscivilprozeßordnung Anwendung finde, worauf derſelbe bemerkte: Er glaube nicht, daß dieſer § 94 im verwaltungsrichterlichen Verfahren zur Anwendung komme. Allerdings beſtimme das Geſetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 in Art. 40 Abſ. 2, daß „in Beziehung auf die Koſtenerſatzpflicht und die Feſtſtellung der Koſten, zu deren Erſatz die Gegenpartei verpflichtet ſei, die Vorſchriften der bürgerlichen Prozeßordnung entſprechende Anwendung finden," und nach Art. 72 „finden, ſoweit nicht Beſtimmungen des gegenwärtigen Geſetzes entgegenſtehen, auf das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten die Vorſchriften der jeweils beſtehenden bürgerlichen Prozeßordnung entſprechende Anwendung", alſo jetzt die der Reichscivilprozeßordnung. Allein in gegenwärtigem Falle handle es ſich nicht um die Frage der „Koſtenerſatzpflicht", ſondern darum, ob nicht das Syſtem der Rechtsmittel im Geſetz vom 16. Dezember 1876 ſelbſtändig geordnet, mithin die Anwendung der Beſtimmungen der Reichscivilprozeßordnung über die Rechtsmittel durch das Geſetz vom 16. Dezember 1876 ausgeſchloſſen ſei. Und dieſe Frage werde zu bejahen ſein; denn nicht nur gebe der Art. 43 das Rechtsmittel der Berufung ganz allgemein gegen jedes Endurtheil der Kreisregierungen, ſondern es enthalten auch die nachfolgenden Artikel noch ſpezielle Beſtimmungen hinſichtlich der Rechtsmittel, welche von denjenigen der Reichscivilprozeßordnung abweichen, wie zum Beiſpiel, daß die Berufungsſchrift eben ſo gut bei dem judex ad quem wie bei dem judex a quo eingereicht werden könne, auch ſei nirgends eine Summa appellabilis vorgeſchrieben, während daraus, daß in einzelnen Punkten das Geſetz vom 16. Dezember 1876 keine poſitiven Vorſchriften

gebe, noch nicht folge, daß hier nun jedesmal die Reichscivilprozeßordnung ergänzend einzutreten habe.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Berufung als unzuläßig verworfen.

Gründe: Die gegenwärtige Klagsache ist in voriger Instanz am 8. Juni 1881 anhängig geworden. Der Art. 72 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 bestimmt, „soweit nicht Bestimmungen dieses Gesetzes entgegenstehen, finden auf das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten die Vorschriften der jeweils bestehenden bürgerlichen Prozeßordnung, auch soweit sie in gegenwärtigem Gesetze nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt seien, entsprechende Anwendung". Jeweils besteht die Reichscivilprozeßordnung und dieselbe bestimmt in § 94:

„die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt
„ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der
„Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird."

Das Gesetz vom 16. Dezember 1876 enthält in Betreff der Frage, ob auch wegen der Kosten allein ein Rechtsmittel, namentlich die Berufung, welche ein hauptsächliches Rechtsmittel ist (§ 472 R.C.P.O.), eingelegt werden kann, keine eigene, besondere Bestimmung.

Der Art. 43 des gedachten Gesetzes bestimmt nemlich nichts weiteres, als im allgemeinsten Umrisse, daß den Parteien die Berufung zustehe, ohne sich im mindesten auf die bei diesem Rechtsmittel zur Sprache kommenden speziellen Fragen einzulassen. Ueber einzelne dieser speziellen Punkte enthalten die nachfolgenden Artikel dieses Gesetzes (Art. 44—51) besondere Bestimmungen, in diesen Bestimmungen wird aber die ebenfalls in den Bereich des Rechtsmittels der Berufung fallende (zu vergl. Art. 656 Abs. 1 und 2 der württ. Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 und § 94 der Reichscivilprozeßordnung) spezielle Frage, ob wegen der Prozeßkosten allein die Berufung ergriffen werden könne oder nicht, nicht berührt, wie noch manche andere spezielle Frage. Es ist mithin gemäß der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 72 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 für diese Frage „die jeweils bestehende bürgerliche Prozeß-

ordnung", also die Reichscivilprozeßordnung, der § 94 derselben maßgebend, welcher die Frage verneint, die Berufung, überhaupt jedes Rechtsmittel wegen der Prozeßkosten allein für unzulässig erklärt, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird.

Aus diesen Gründen ist die vorliegende Berufung auf Grund des § 94 der Reichscivilprozeßordnung als unzulässig verworfen worden, woraus sich gemäß dem § 92 Abs. 1 derselben die Verfällung des Berufungsklägers in die Kosten der zweiten Instanz ergab.

9) Anerkennung der öffentlichen Eigenschaft eines Wegs.

Urtheil vom 26. Juli 1882.

K. Domänendirektion, Klägerin, Berufungsklägerin, gegen die Theilgemeinde Michelbach an der Haide, Oberamts Gerabronn, Beklagte, Berufungsbeklagte.

In Michelbach a. H. führt von der Ortsstraße zu dem evangelischen Pfarrhause zwischen dem Pfarrgarten und einigen rechts liegenden Privatgebäuden ein Fahrweg bis zum Hofraum des Pfarrhauses in der Länge von circa 34 Meter und in einer Fahrbreite von c. 3 Meter. Rechts gegen die Privatgebäude ist der Weg vermarkt, nicht aber gegen den Pfarrgarten, an dem sich nur vorne an der Ecke der Ortsstraße ein Grenzstein befindet. Der Weg ist im Primärkataster $18^{37}/_{41}$ und im Güterbuch von 1857 nicht unter den öffentlichen Wegen, sondern als Zubehörde des Pfarrhauses eingetragen mit „$^{1}/_{8}$ M. 27,2 R. Hofraum samt Einfahrt". Früher stand neben der Pfarrscheuer ein herrschaftlicher Fruchtkasten, der $18^{55}/_{56}$ abgebrochen wurde. Das Pfarrhaus ist Eigenthum der Staatsfinanzverwaltung.

Den fraglichen Weg beanspruchte die Domänendirektion gegenüber der Ortsgemeinde als einen öffentlichen und ließ, als die außergerichtlichen Erörterungen keinen Erfolg hatten, am 1. Juni 1881 durch den Kameralverwalter Wider in Roth a/S. gegen die durch den Gesammtgemeinderath vertretene Theilgemeinde bei der Kreisregierung in Ellwangen eine Klage ein-

reichen mit dem Petitum: die Theilgemeinde für verpflichtet zu erklären, den Weg von der Ortsstraße zum Pfarrhaus als einen öffentlichen Weg anzuerkennen und zu unterhalten, auch sämmtliche Kosten der Beklagten zuzuscheiden. Zu Begründung der Klage wurde geltend gemacht: An dem Wege liegen mehrere Privatgebäude sowie eine der Gemeinde gehörige Sprizenremise und es müssen die Besitzer dieser Realitäten den fraglichen Weg benützen, um in ihr Eigenthum zu gelangen. Daß der Weg in den öffentlichen Büchern nicht als öffentlicher bezeichnet sei, erscheine als unerheblich, weil die Einträge in Primärkatastern und Güterbüchern an sich überhaupt nicht geeignet seien, die private oder öffentliche Eigenschaft eines Wegs zu konstatiren. Ebenso unerheblich sei, daß in keiner der öffentlichen Rechnungen ein Aufwand der Gemeindekasse zu Unterhaltung der Einfahrt sich finde, sowie daß die Straße in eine Sackgasse endige. Anderer Seits sei auch von der Staatsfinanzverwaltung nie ein Aufwand auf diesen Weg gemacht worden.

Die Vernehmlassung führte aus: Es sei unrichtig, daß der Weg in allgemeiner Benützung stehe und die Eigenschaft eines öffentlichen Wegs habe, wofür die Klägerin beweispflichtig sei. Die wenigen Gebäude, welche an dem Wege liegen, stammen aus späterer Zeit. Von dem vorne an der Ortsstraße liegenden Gebäude Nr. 16./17. sei die Erbauungszeit unbekannt, das Gebäude Nr. 16ª (eine Scheuer) solle nach Aeußerungen eines noch lebenden 91-jährigen Mannes etwa im Jahre 1824 erbaut worden sein. Im Uebrigen sei es aktenmäßig, daß die Scheuer 1858 durch einen Anbau erweitert worden. Das Gebäude Nr. 19 sei erst 1864 erbaut worden. Mit Recht sei daher anzunehmen, daß der Weg nur für Zwecke des Pfarrhauses und seiner Nebengebäude, namentlich des herrschaftlichen Fruchtkastens, gedient habe. Dafür spreche auch, daß der Weg keine allgemein zugängliche Fortsetzung in das Feld hinaus habe. Der in der Katasterkarte aufgeführte Kirchenweg vom Pfarrhaus zur Kirche sei bis vor wenigen Jahren durch ein verschließbares Thürchen, dessen Pfosten noch jetzt stehen, abgeschlossen gewesen. Ein Anerkenntniß des Gemeinderaths oder ein anderer vermittelnder Akt, durch welchen der Weg zu einem öffentlichen

erhoben worden, habe nie ſtattgefunden, insbeſondere habe die Gemeinde nie zur Unterhaltung der Einfahrt etwas beigetragen. Bei den Bauten der Anwohner ſei die Finanzverwaltung über ihre Zuſtimmung gehört worden, was dafür ſpreche, daß der Weg damals als ein privater angenommen worden ſei, denn bei einem öffentlichen Weg wäre die Befragung unnöthig geweſen, dieſe Befragung habe der Finanzverwaltung zudem Gelegenheit gegeben, an ihre Einwilligung einen beſtimmten Vorbehalt gegenüber dem Bauenden wegen ſeiner Betheiligung an der Unterhaltung des Wegs zu knüpfen, die aber unterblieben ſei.

Die Klägerin erwiderte: Bei dem Bau der Häuſer am Pfarrweg ſei die Finanzverwaltung nicht als Eigenthümerin des Wegs, ſondern wegen der Nähe des Pfarrgartens gefragt worden. Eben dieſe Häuſer ſeien ſprechende Zeugen für die öffentliche Eigenſchaft des Wegs. Ueberdieß werde derſelbe von einem Theil der Gemeinde als Kirchenweg benützt. Der an der Ecke des Pfarrgartens befindliche Stein könne ſehr wohl den Zweck haben, den Weg von dem eigentlichen Grundbeſitz des Staats abzuſcheiden. Einen Aufwand habe auch der Staat auf den Weg nie gemacht; weder die Gebäudebeſchreibungen noch die Pfarrakten berühren denſelben. Sodann ſtellte die Replik den eventuellen Antrag, daß der Gemeinde wenigſtens bezüglich des Theils des Wegs von der Ortsſtraße bis an den Punkt, wo er ſich erweitere, die Unterhaltungspflicht auferlegt werde.

Nach den noch vorhandenen Akten über den im Jahr 1858 von J. M. Vogel errichteten Anſtoß an die Scheuer Nr. 16ª enthielt ein von dem Oberfeuerſchauer und der Bauſchau abgegebenes Gutachten die Bemerkung: „dieſer Anſtoß käme auf Hofraum ꝛc. ꝛc. — abſeits öffentlicher Wege“. Einen Theil dieſes Anſtoßes überließ Vogel am 28. September 1859 gegen Entſchädigung der Gemeinde als Sprizenremiſe, ohne daß hiebei des Wegs Erwähnung geſchah. Die Pfarrei oder das Kameralamt wurde über dieſen Baufall nicht gehört, wohl aber bei der im Jahr 1864 erfolgten Erſtellung des Neubaus Nr. 19, wobei das Kameralamt keine Einwendung erhob, und der damalige Pfarrer das Bauweſen wegen der iſolirten Lage des Pfarrhauſes befürwortete. In den Handriſſen und Situationsplänen war

der Weg als Pfarrhofweg oder Pfarrweg bezeichnet. Ueber seine Eigenschaft war nichts gesagt.

Der am 22. Dezember 1881 eingenommene Augenschein ergab hinsichtlich der Unterhaltung des Wegs nichts Sicheres. Der zugezogene Ortspfarrer bemerkte, das Thürchen zu dem von dem Pfarrhaus nach der Kirche führenden Kirchenweg sei bei seinem Aufzug im Jahre 1875 ausgehoben worden und noch in seiner Verwahrung. Die Thürpfosten fanden sich gleichfalls vor. Hierauf wurde zur Vernehmung der benannten Zeugen geschritten. Soweit sich dieselben über die Benützung des Wegs äußerten, fand eine solche nur durch die Anlieger statt; von einer Ausbesserung des Wegs durch die Gemeinde wußte keiner der Zeugen etwas; 3 derselben sprachen von Ausbesserungen bezw. Erweiterungen des Wegs durch den jeweiligen Pfarrer.

Am 29. Dezember 1881 wies die Kreisregierung die Klägerin kostenfällig ab.

In der Berufungsinstanz legte die Klägerin vor:

1) einen Auszug aus dem im Jahr 1820 gefertigten kameralamtlichen Amtsgrundbuch, lautend: „Michelbach a./H. Ein Pfarrhaus etwa 100 Schritt nordöstlich vom Dorf, ganz isolirt stehend, umgeben gegen Mittag vom königlichen Fruchtkasten. Zu diesem Pfarrhaus führt ein Fahrweg, der vom Gemeindebrunnen bei der Linde ausgeht, und ein Fußweg von der entfernten Kirche her";
2) den kameralamtlichen Jahresbauüberschlag von $18^{41}/_{42}$, worin der § 55 hinsichtlich des Pfarrhauses in Michelbach a./H. folgendes beantragt hatte: „Maurerarbeit — von der Hausstaffel bis zur Straße kann bei nasser Witterung wegen all zu tiefen Koths nicht gewandelt werden und Pfarrer Schäffler bittet dringend, ihm einen Gang von Steinplatten zu bewilligen. Dieser Gang müßte 27′ lang und 4′ breit werden und würde kosten 22 fl. 30 kr.".

Dieser Antrag fiel bei der Finanzkammer Ellwangen in Durchstrich mit dem Randbeisatz: „An die Gemeinde zu verweisen, welcher die Erhaltung der Ortswege im Allgemeinen obliegt."

In der Berufungsschrift verlangte die Klägerin unter

Bezugnahme auf den ausgesprochenen Zweck des § 1 der Wegordnung von 1808 von der Beklagten den Nachweis, daß und auf Grund welchen besonderen Rechtstitels die Klägerin die Unterhaltung des Wegs zu besorgen habe.

Güterbuch und Primärkataster wurden eingefordert. Aus letzterem, $18^{37}/_{41}$ gefertigt, waren die damals bestandenen öffentlichen Wege (Orts-, Vizinal- und Feldwege) zu ersehen, worunter aber der im Streit befindliche Pfarrhofweg nicht begriffen war, dagegen der oben erwähnte vom Pfarrhaus zur Kirche führende sog. Kirchenweg als im Besitz der Gemeinde stehend. Aus dem im Jahre 1857 gefertigten Güterbuch war zu entnehmen, daß über die Unterhaltung der öffentlichen Wege in Michelbach besondere Verhältnisse bestanden. Diese Unterhaltung lag früher den Besitzern der Realgemeinderechte ob, erst durch Vertrag vom Jahre 1847 übernahm solche theilweise die politische Gemeinde. Dieser Vertrag bestimmte in Punkt 6, lit. d: „Alle nicht chausseemäßig und künstlich gebauten Fahrstraßen, Gassen, auch rechtmäßige Fuß- (Kirchen-, Schul-, und Todten-) Wege auf der Markung und im Innern des Orts, haben die Gemeindeberechtigten ganz allein zu bauen und zu unterhalten, soweit nicht ein rechtmäßiges Herkommmen einzelne Haus- oder Güterbesitzer als baupflichtig darstellen sollte.“ Diese Verpflichtung gieng erst bei Auflösung der Realgemeinderechte durch Vertrag vom 20. Februar 1868 ebenfalls auf die politische Ortsgemeinde über.

Der Pfarrhofweg kam auch hier nicht zur Sprache, was die Klägerin damit erklärt, daß er damals von zu geringer Bedeutung gewesen sei. Eventuell bat die Klägerin, im Urtheil auszusprechen, daß ein Recht auf Benützung des Pfarrhofwegs Niemanden zustehe, damit das unbeschränkte Eigenthum der Finanzverwaltung rechtzeitig nach allen Richtungen gewahrt werden könne.

Der Verwaltungsgerichtshof hat das erstinstanzliche Urtheil bestätigt und die Berufungsklägerin zu Tragung der Prozeßkosten verurtheilt.

Gründe. 1) Die Klägerin, welche den von der Ortsstraße zu Michelbach a./H. in einer Länge von ungefähr 34 Metern

zu dem dortigen Pfarrhaus führenden Weg als einen öffentlichen von der Theilgemeinde zu unterhaltenden festgestellt wissen will, hat sich zur Rechtfertigung ihres Anspruchs vor allem ganz ohne Grund auf den § 1 der Wegordnung vom 23. Oktober 1808 (R.-Bl. S. 19) mit der Behauptung berufen, daß hienach die Beklagte den Beweis einer der Finanzverwaltung als Eigenthümerin des Pfarrhauses vermöge besonderen Rechtstitels obliegenden Unterhaltungspflicht führen müsse.

Dieß wäre nur dann zutreffend, wenn jener Weg wirklich ein öffentlicher wäre, was zunächst von der Klägerin zu beweisen war und, wie im Wesentlichen schon der vorige Richter dargethan hat, in keiner Weise rechtsgenügend geschehen ist.

2) Nach den schon in voriger Instanz geschehenen Erhebungen war jener Weg früher lediglich eine Einfahrt zum Pfarrhause und einem dabei gestandenen, jetzt abgebrochenen, herrschaftlichen Fruchtkastengebäude. Als solche ist der Weg namentlich schon in dem im Jahr 1837 gefertigten Primärkataster eingetragen und zum Pfarrgarten vermarkt.

Mit Unrecht hat die Klägerin aus dem vornen am Pfarrgarten stehenden Marksteine gefolgert, daß dieser den Pfarrgarten vom Weg abgrenzen solle, vielmehr hat jener Markstein, wie die Beklagte mit Grund geltend macht, nach der Vermessungskarte nur den Zweck, den Garten von der Ortsstraße zu scheiden und müßte, wenn der Weg für sich bestünde, längs des Gartens eine diesen vom Weg scheidende Vermarkung sein, während eine solche nur gegen die Nachbarn besteht.

An diesem Weg sind nun erst seit dem Jahr 1824 zwei Privat-Gebäude angelegt worden, welche dem Wege noch keineswegs eine öffentliche Eigenschaft gegeben haben. Gegen die Errichtung dieser Gebäude und die von deren Besitzern geschehene Benützung des Wegs hat die Klägerin, wie es scheint, früher keinerlei Einwendung erhoben, wodurch sich nur eine vom Verwaltungsrichter nicht zu würdigende Wegbenützung hätte ausbilden können, wie auch der in der Schlußerklärung der Berufungsklägerin eventuell gestellte Antrag, auszusprechen, daß ein Recht auf Benützung des Wegs Niemanden zustehe, als offenbar unstatthaft zurückzuweisen war. Auch aus dem Umstand, daß in dem von dem Zimmermeister

J. M. Vogel im Jahr 1858 errichteten Scheunenanbau ſich zugleich die der Ortsgemeinde gehörige Spritzenremiſe befindet, folgt noch keineswegs die öffentliche Eigenſchaft des Wegs, da die Gemeinde ihre Feuerſpritze auch in einem Lokal aufbewahren kann, das nur eine privatrechtliche Zufahrt hat.

3) Das in gegenwärtiger Inſtanz für die öffentlich-rechtliche Eigenſchaft des Wegs weiter geltend gemachte Vorbringen iſt gleichfalls unerheblich.

Daß nach dem vorgelegten Jahresbau-Ueberſchlag des Kameralamts Roth a./S. von 1841/42 §. 55 der Antrag des damaligen Pfarrers, den Weg bis zur Ortsſtraße mit Steinplatten zu belegen, durchſtrichen und der Pfarrer mit ſeinem Geſuch an die Gemeinde verwieſen wurde, iſt von keinerlei Bedeutung. Eines Theils ergibt ſich hieraus, daß weder der Pfarrer noch das Kameralamt den Weg für einen öffentlichen hielten, ſonſt wäre wohl jener Antrag überhaupt nicht geſtellt worden. Ueberdieß hat die Klägerin in keiner Weiſe dargethan, daß und mit welchem Erfolg der Pfarrer oder das Kameralamt ſich damals an die Gemeinde gewendet haben.

Ueberhaupt hat die Klägerin in keiner Weiſe den Beweis erbringen können, daß jemals von der Gemeinde oder von den Real-Gemeinde-Berechtigten zu Michelbach, welche bis zum Vertrag mit der Gemeinde vom 20. Februar 1868 die nicht chauſſeemäßig angelegten Wege zu unterhalten hatten, der Pfarrhofweg als ein öffentlicher betrachtet und unterhalten worden wäre. Bei den in den Jahren 1847 bis 1868 zwiſchen der Gemeinde und den Realgemeindeberechtigten wegen der örtlichen Laſten ſtattgehabten Auseinanderſetzungen waren insbeſondere auch die öffentlichen Wege Gegenſtand der Erörterung, ohne daß hiebei der Pfarrhofweg irgendwie zur Sprache gekommen wäre. Auch dieß beweist, daß er in jener Zeit nicht als öffentlicher Weg betrachtet wurde, was überdieß bei dem im Jahr 1858 errichteten Scheunenbau des Zimmermeiſters J. M. Vogel noch beſonders zur Sprache kam. Denn das Gutachten des Oberfeuerſchauers und der Bauſchau vom 12./15. Juli 1858 erwähnte, daß der Neubau auf Hofraum

„abſeits öffentlicher Wege"

geſtellt werde, was nicht hätte bemerkt werden können, wenn der

Pfarrhofweg, an den das Gebäude gestellt wurde, als ein öffentlicher Weg angesehen worden wäre.

4) Da hienach die Klägerin für eine herkömmliche Behandlung jenes Wegs als öffentlichen keinerlei Beweise erbracht hat, der Weg vielmehr nur für die Zwecke weniger Gebäude, somit nur für vereinzelte Interessen diente, so war die erhobene Klage als unbegründet unter Kostenverfällung zurückzuweisen.

10) Rechtsbeschwerde der ersten Württembergischen Aktien-Cichorienfabrik in Erolzheim O.A. Biberach, Ansatz einer Sportel für die Erhöhung ihres Grundkapitals betreffend.

Urtheil vom 3. Februar 1883.

Nach Nr. 31 des Tarifs zum allgemeinen Sportelgesetz vom 24. März 1881 ist bei Gesellschaftsverträgen über die Errichtung

1) einer auf Gewinn berechneten Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, deßgleichen bei Verträgen und Beschlüssen über die Erhöhung des Grund- oder Aktienkapitals derselben als Sportel anzusetzen aus dem Grund- oder Aktienkapital oder dem Betrag der Erhöhung . . . 1 vom Hundert.

Und die Anmerkung zu dieser Ziff. 1 sagt:

Wird das Grund- oder Aktienkapital oder der erhöhte Betrag desselben nicht sogleich voll einbezahlt, so ist die Sportel aus der jedesmaligen Theilzahlung zu entrichten.

Die Ziff. 2—4 gehören nicht hierher. In der Anmerkung b) zu sämmtlichen Ziffern lauten die Abs. 2 und 3:

Die Abgabepflicht der Gesellschaft oder Genossenschaft tritt mit dem Eintrag in das Handels- oder Genossenschaftsregister ein.

Der Ansatz erfolgt durch die Steuerbehörde.

Nach den Motiven zum Gesetz ist die Abgabe bei den Handelsgesellschaften neben der Gebühr für die Eintragung in das Handelsregister zu entrichten, da sie als Verkehrssteuer aufzufassen ist. Die zum Gesetz ergangenen Ministerialverfügungen vom 28. März und 12. Juni 1881 sowie eine Verfügung des Steuerkollegium vom 12. April 1881 bestimmen, daß die Amtsgerichte den Kameralämtern bezw. dem Hauptsteueramt Stuttgart Auszüge aus den Handels- und Genossenschaftsregistern jedesmal mit-

zutheilen und obige Ämter dann den Ansatz und Einzug der Sportel zu besorgen haben.

Art. 214 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, welcher bei der Entscheidung vorliegender Beschwerde maßgebend ist, lautet:

> Jeder Beschluß der Generalversammlung, welcher die Fortsetzung der Gesellschaft oder eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags zum Gegenstand hat, bedarf zu seiner Giltigkeit der materiellen oder gerichtlichen Beurkundung. Ein solcher Beschluß muß in gleicher Weise wie der ursprüngliche Vertrag in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht werden. Der Beschluß hat keine rechtliche Wirkung, bevor derselbe bei dem Handelsgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen ist.

Am 16. Februar 1878 wurde unter der Firma „Erste württembergische Aktien-Cichorienfabrik Erolzheim" eine Aktiengesellschaft zu Erolzheim Gerichtsbezirk Biberach gegründet. Der § 4 der Statuten besagte:

> „das Aktienkapital der Gesellschaft ist auf 300000 Mark festgesetzt, eingetheilt in 1000 Aktien zu 300 Mark. Davon wird als vorläufiges Grundkapital eine erste Serie von 100200 M. und 334 Stück Aktien ausgegeben. Die Gesellschaft ist konstituirt, sobald der Betrag von 100200 M. gezeichnet und 10% darauf eingezahlt sind. Über die weitere Ausgabe von Aktien bis zur Höhe des Aktienkapitals von 300000 M. entscheidet auf Antrag des Aufsichtsraths die Generalversammlung."

Die Konstituirung der Aktiengesellschaft unter Erwähnung des Inhalts des § 4 der Statuten wurde vom 6. März 1878 in das Handelsregister eingetragen und in den betreffenden Blättern veröffentlicht. Am 26. Januar 1882 legte der Aufsichtsrath und die Direktion dem Amtsgericht notariell aufgenommene Protokolle der Generalversammlungen der Aktionäre vom 29. Dezember 1881 und 19. Januar 1882 zur Aufnahme in das Handelsregister vor, wornach die §§ 11—15. 17. 22. der Statuten mehrfach geändert wurden. Der Eingabe an das Amtsgericht war mit notarieller Beglaubigung des Vorsitzenden des Aufsichtsraths beigefügt:

„Als Führer des Aktienbuchs habe ich zu erklären, daß nach Abzug der von M. Korn gelieferten 60 Aktien (Prot. der Gen.-Verf. vom 29. Dezbr. 1881 Bl. 4b) als vorläufiges Grundkapital — 182 100 M. in 607 Aktien ausgegeben sind, wonach gemäß dem erwähnten Protokolle Bl. 7b die Ziffern in Abf. 2 des § 4 der Statuten sich ändern.

Stuttgart den 20. Januar 1882."

All dieß wurde am 27. Januar 1882 in das Handelsregister eingetragen und auch im Staatsanzeiger vom 2. Februar 1882 Nr. 27 veröffentlicht, wo es hieß:

K. Amtsgericht Biberach — 27. Januar 1882 — Erste Württembergische Aktien-Cichorienfabrik Erolzheim. Durch Beschluß der Generalversammlung vom 29. Dezember 1881 wurden die §§ 11—15. 17. 22 der Statuten abgeändert. Beil. Buch 1 Nro. 4.

Als vorläufiges Grundkapital sind 182100 Mark in 607 Aktien ausgegeben.

Von diesem Eintrag theilte das Amtsgericht dem Kameralamt Ochsenhausen einen Auszug mit dem Beisatz mit:

Im Eintrag vom 6. März 1878 heißt es „als vorläufiges Grundkapital werde eine erste Serie von 100200 M. in 334 Aktien ausgegeben". Es sind also neu weiter ausgegeben 81900 M.

Darauf beschloß das Kameralamt am 1. April 1882 nach Tarif Nro. 31, Ziff. 1 einen Sportelansatz von 819 M.

Der Anforderung dieser Sportel hielt die Fabrikdirektion entgegen: Die Gesellschaft habe keine neue Serie Aktien ausgegeben, sie habe die Berechtigung, Aktien bis zum Betrag von 300000 M. zu emittiren, hievon seien 200 100 M. bis Mai 1880 begeben worden, seitdem habe keine Vermehrung stattgefunden. Die Reduktion des Aktienkapitals finde darin ihre Berechtigung, daß laut Beschlusses der Generalversammlung vom 29. Dezember 1881 ein in Leonberg befindliches Anwesen der Gesellschaft an M. Löwe in Stuttgart um 18000 M., wofür dieser 60 Aktien bezahlte, verkauft worden und letztere außer Kurs zu setzen gewesen seien. Ein Auszug aus dem

betreffenden Protokoll der Generalversammlung bestätigte dieß. Das Kameralamt beharrte die Sportel, weil das Handelsregister nichts darüber enthalte, daß bereits Aktien von 200000 M. ausgegeben seien. Jetzt theilte die Direktion dem Kameralamt einen beglaubigten Auszug aus dem Protokoll der Generalversammlung vom 1. Dezember 1879 mit, des Inhalts:

> „Als zweiter Gegenstand der heutigen Generalversammlung kommt ferner, Gebrauch machend von dem Vorbehalt in § 4 der Statuten, der Antrag des Aufsichtsraths zur Vorlage, eine Erhöhung des Aktienkapitals, und zwar um 100200 M. in 334 Aktien zu beschließen. Nach ausführlicher Begründung dieses Antrags wird einstimmig beschlossen, diesem Vorschlag entsprechend die Emission von 334 Aktien gutzuheißen und mit dem Vollzug der Begebung den Aufsichtsrath zu betrauen."

Zugleich bekundete der Grundbuchführer, daß laut Grundbuch am 30. April 1880 — 667 Aktien à 300 Mark auf den Namen der Aktionäre eingetragen waren.

Das Kameralamt war nun gleichfalls der Ansicht, daß von einem Sportelansatz abzusehen sei, nicht aber das Steuerkollegium. Dieses konstatirte zunächst, daß weder von der Erhöhung des Grundkapitals auf 200100 M. noch von der Verminderung um 18000 M. im Handelsregister früher etwas eingetragen gewesen sei, dagegen die Abgabepflicht erst mit dem Eintrag in das Handelsregister eintrete und letzterer erst am 27. Januar 1882 auf Grund des Beschlusses der Generalversammlung vom 29. Dezember 1881 gemacht worden sei.

Der Vorstand erhob weitere Beschwerde, in welcher wiederholt wurde, daß die im Dezember 1879 beschlossene Ausgabe neuer Aktien noch unter dem alten Gesetz bezw. Rechtszustand also sportelfrei geschehen und das neue Sportelgesetz nicht zurückwirken könne.

Mit Erlaß vom 23. September 1882 verwarf das Finanzministerium die Beschwerde. Entscheidend sei, daß der Beschluß vom 1. Dezember 1879 nach Art. 214 des Handelsgesetzbuchs seine rechtliche Wirkung überhaupt erst mit dem Eintrag in das Handelsregister vom 27. Januar 1882 erhalten habe.

Unter die Abänderungen des Gesellschaftsvertrags gehöre auch die Erhöhung des Grundkapitals. Ein solche Erhöhung liege aber im Beschluß vom 1. Dezember 1879. Der § 4 der Statuten enthalte die ausdrückliche Bestimmung, daß als Grundkapital eine erste Serie von 334 Stück Aktien mit 100200 M. ausgegeben werde. Die weitere Bestimmung des § 4, daß das Aktienkapital auf 300 000 M. in 1000 Aktien festgesetzt und daß über deren Ausgabe die Generalversammlung entscheiden werde, habe mit der Feststellung des Grundkapitals nichts zu schaffen; denn unter Grundkapital sei nach Art. 209 Ziff. 4, Art. 209a 210a nur dasjenige Aktienkapital zu verstehen, welches gezeichnet und auf welches mindestens 10 % eingezahlt seien. Dieß sei nach § 4 der Statuten nur bezüglich der 100 200 M. der Fall gewesen. Wenn daher am 1. Dezember 1879 die Emission weiterer Aktien beschlossen worden, so sei dieß als eine Erhöhung des Grundkapitals und damit als eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags im Sinne des Art. 214 zu verstehen. Die Perfektion jenes Beschlusses sei erst am 27. Januar 1882, also nach dem Inkrafttreten des Sportelgesetzes erfolgt, dessen Tarif Nr. 31 alle Verträge und Beschlüsse umfasse, die unter der Herrschaft des Gesetzes giltig erfolgt und in das Handelsregister eingetragen worden seien. Hieraus ergebe sich auch im vorliegenden Falle die Abgabepflicht der Gesellschaft für diesen Beschluß und die Verwerfung der Beschwerde.

Hiegegen hat Namens des Gesellschaftsvorstands dessen bevollmächtigter Vertreter Rechtsbeschwerde beim Verwaltungsgerichtshof erhoben. Die Beschwerdeschrift bestritt, daß der Beschluß vom 1. Dezember 1879 erst durch den Eintrag in das Handelsregister zur rechtlichen Perfektion gelangt sei, und behauptete, daß lediglich der in diesem Beschluß sich manifestirende freie Wille der Gesellschaft das die Sportel begründende Moment bilde, der Eintrag im Handelsregister nur für die Fälligkeit der Sportel entscheidend sei. Ferner wurde geltend gemacht, daß der Beschluß vom 1. Dezember 1879 auf Erhöhung des Aktienkapitals eine Abänderung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags deßhalb nicht enthalte, weil in demselben nur eine Ausführung des Gesellschaftsvertrags zu erblicken sei,

solche Beschlüsse aber nicht des Eintrags in das Handelsregister bedürfen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Rechtsbeschwerde als rechtlich unbegründet abgewiesen.

Gründe. 1) Die nach Art. 5 Abs. 5 des Sportel-Gesetzes hier zulässige Rechtsbeschwerde ist bei dem Verwaltungs-Gerichtshofe rechtzeitig erhoben worden.

2) Die Beschwerdeschrift wendet gegen den Sportelansatz zunächst ein, daß er eine rechtlich unzulässige Rückwirkung des Sportelgesetzes enthalte, weil jene Erhöhung des Grundkapitals von der Generalversammlung der Aktionäre schon am 1. Dezember 1879, somit unter dem früheren, die Sportelfreiheit begründenden Rechtszustande beschlossen worden sei. Nur der hiedurch kundgegebene Wille der Gesellschaft und der Zeitpunkt der Manifestation desselben sei für die Sportelpflicht maßgebend, der Eintrag in das Handels-Register dagegen solle nur die Zeit der Fälligkeit der Sportel feststellen.

Dieser Einwand erscheint jedoch nicht als zutreffend. — Dem Sportelgesetz vom 24. März 1881 müssen alle diejenigen Verträge und Beschlüsse unterliegen, welche erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes in rechtliche Wirksamkeit getreten sind und nur diejenigen Geschäfte sollen nach Art. 19 Abs. 2 des Gesetzes nach den früheren Bestimmungen noch behandelt werden, welche am 1. April 1881 bereits bei den betreffenden Behörden anhängig waren. Der Beschluß der Aktiengesellschaft vom 1. Dezember 1879 enthält nun offenbar eine Aenderung der Statuten hinsichtlich der Höhe des Grundkapitals und konnte deshalb nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 214 des Handelsgesetzbuchs erst mit dem vollzogenen Eintrag in das Handelsregister seine rechtliche Wirkung erlangen. Dieser Eintrag ist unbestritten erst nach Erscheinen des Sportelgesetzes veranlaßt und vollzogen worden und ist deßhalb nur die Zeit des Eintrags für die Sportelpflicht entscheidend, indem erst hiedurch die früheren Vorbereitungshandlungen der Organe der Gesellschaft ihren endgiltigen Abschluß erhielten.

Wenn sodann

3) die Beschwerdeschrift den weiteren Einwand erhoben

hat, daß schon auf Grund des in § 4 der Gesellschaftsstatuten vom 16. Februar 1878 für die künftige Erhöhung des Grundkapitals geschehenen Vorbehalts die Generalversammlung die Erhöhung endgiltig habe beschließen können und dieser nur eine Ausführung der Statuten enthaltende Beschluß des Eintrags in das Handelsregister überhaupt nicht mehr bedurft habe, so ist auch diese Behauptung nicht als begründet zu erachten.

In § 4 der Statuten ist zwar das Aktienkapital auf —⁄· 300,000 Mark festgesetzt, sofort aber bestimmt worden, daß hievon vorläufig nur —⁄· 100,200 Mark als Grundkapital in —⁄· 334 Aktien ausgegeben werden sollen. Ferner ist für die künftige Ausgabe weiterer Aktien bis zum Betrag von 300,000 M. der Generalversammlung auf Antrag des Aufsichtsraths die Entscheidung überlassen worden. Die Gesellschaft hat sich aber ursprünglich nur auf ein Grundkapital von —⁄· 100,200 Mark konstituirt und es sind mit der erwähnten Bestimmung für die zunächst noch ganz unbestimmte Möglichkeit der Ausgabe weiterer Aktien vorsorglich nur hinsichtlich der Form, in welcher diese Emission geschehen solle, Verabredungen unter den Aktionären getroffen worden. Dieß berechtigt jedoch die Gesellschaft keineswegs, eine solche spätere Erhöhung des Grundkapitals im Uebrigen in anderer Weise zu vollziehen, als bei der ersten Bestimmung des Grundkapitals nöthig war. Die Erhöhung des letzteren durch weitere Aktienemission enthält vielmehr eine partielle Neubildung der Gesellschaft und erfordert somit, auch wenn sie im Statut als erlaubt bezeichnet ist, als Abänderung des letzteren nach Art. 214 des Handelsgesetzbuchs zu ihrer Giltigkeit die gerichtliche oder notarielle Beurkundung und den Eintrag in das Handelsregister. S. Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht von Goldschmidt und Laband, Band 19 S. 366 und Band 24 S. 489 I.

Ueberdieß hat die Beschwerdeführerin die Nothwendigkeit dieses Eintrags und die bestehende Statutenänderung nach den noch beigebrachten Handelsregisterakten selbst anerkannt, indem sie in der Eingabe an das Amtsgericht Biberach vom 26. Januar 1882 durch ihren Vorstand unter notarieller Beglaubigung anzeigen ließ, „daß jetzt als vorläufiges Grundkapital —⁄· 182,100 M.

in 607 Aktien ausgegeben seien und hienach die in § 4 Abs. 2 der Statuten enthaltenen Ziffern sich ändern", welche Aenderung dann auch in das Handelsregister besonders aufgenommen und als solche veröffentlicht wurde.

4) Hienach erscheint die Behauptung, daß die Aktiengesellschaft durch die Verfügung des K. Finanzministerium mit einer ihr nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet worden sei, nicht als begründet und mußte deßhalb so wie geschehen erkannt werden.

12) Art. 4 Abs. 4 der neuen allgemeinen Bauordnung vom 6. Oktober 1872.

Urtheil vom 5. Dezember 1883.

Rechtsbeschwerde der Wittwe Karoline Magg zum Mohrenkopf in Ulm, Feststellung und Genehmigung einer Baulinie betreffend.

Im $\frac{\text{Juli}}{\text{September}}$ 1881 zeigte die Wittwe Magg zum Mohrenkopf in Ulm dem Stadtpolizeiamte an, daß sie beabsichtige, auf den ihr gehörigen Parzellen Nro. 544 und 545 eine Trinkhalle mit Musikpavillon, eine Kegelbahn und einen Abtritt zu errichten. Dieses Grundstück liegt am südwestlichen Ende der Stadt längs der Ehingerstraße und der Eisenbahn nach Bayern am Uebergang der ersteren über die letztere. Die Eisenbahnverwaltung, über das Bauprojekt gehört, stellte mit Rücksicht auf einen von ihr mit der Gemeinde am 14. Dezember 1877 abgeschlossenen am 30. September 1880 höheren Orts genehmigten Vertrag, wornach, um erforderlichen Falls in jene Bahn zwei weitere Geleise einlegen zu können und für eine städtische Straße entlang der Bahn eine Breite von 40′ zu gewinnen, mit der Baulinie von der jetzigen Südbahngeleiseaxe ab ein Abstand von wenigstens 78′ einzuhalten ist, vor Allem das Verlangen auf Feststellung der Baulinie. Der Gemeinderath war zwar der Ansicht, daß das Bauprojekt einen Anstand um so weniger finden sollte, als es sich nicht um ein massives Wohnhaus, sondern um hölzerne zum Wirthschaftsbetrieb dienende Baulichkeiten handle, welche nicht als Gebäude im Sinn des Art. 4 Abs. 4 der Bauordnung

angesehen werden können, er entsprach dann doch dem Verlangen der Eisenbahnverwaltung, und das Ministerium des Innern genehmigte am 28. Mai 1883 auf Grund des angeführten Art. 4 Abs. 4 die vom Gemeinderath beschlossene Baulinie. Hiegegen erhob Namens der Wittwe C. Magg deren Bevollmächtigter Rechtsbeschwerde beim Verwaltungsgerichtshof, weil diese Baulinie einen bedeutenden Theil der Grundstücke der Wittwe Magg durchschneide und damit den Bau der projektirten Trinkhalle unmöglich mache, sie mithin nicht nur in ihrem Baurecht überhaupt (Art. 1 der Bauordnung) beschränkt, sondern auch noch den weiteren in Art. 6 Abs. 3 der Bauordnung vorgeschriebenen Beschränkungen unterworfen werde. Die Voraussetzungen für die Feststellung einer Baulinie, wurde geltend gemacht, seien nicht vorhanden. Nicht nur sei dieselbe durch kein öffentliches Bedürfniß (Art. 4 Abs. 1 der Bauordnung) geboten, sondern es treffe auch die Bestimmung des Abs. 4 dieses Art. 4 nicht zu. Denn erstens handle es sich hier nicht um Errichtung eines „Gebäudes", das heiße eines zu Wohnungen oder Aufbewahrung von Gegenständen dienenden Baus, ebensowenig zweitens um eine Ortsstraße im Sinne des Gesetzes, um eine solche bereits bestehende Straße nemlich, welche den allgemeinen Verkehr zwischen den einzelnen Ortstheilen vermittle oder nach dem bestehenden Ortsbauplan hiezu bestimmt sei und in deren Verlängerung oder hinter welcher ein Gebäude in der Weise aufgeführt, erneuert oder wesentlich geändert werden wolle, daß es auf die Bebauung oder Benützung oder den Zustand dieser Straße überhaupt Einfluß haben oder von dieser Straße störend in die Augen fallen könne. Drittens komme der projektirte Bau nicht „in die Nähe" einer Ortsstraße zu stehen, da der Weg, in dessen Nähe die Trinkhalle erbaut werden wolle, ein Feldweg sei, die Ehinger Straße aber, als nächste bestehende Ortsstraße, auf einer ganz anderen Seite an dem Wirthschaftsgebäude der Wittwe Magg in großer Entfernung von der projektirten Trinkhalle vorbeiführe, so daß irgend ein Einfluß derselben auf den Zustand jener Ortsstraße, die Möglichkeit deren Benützung und Bebauung gar nicht denkbar sei und sie, zumal in Folge der vor ihr befindlichen Baumpflanzungen, von jener

Ortsstraße aus kaum gesehen werden, geschweige denn störend in die Augen fallen würde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Beschwerde unter Verfällung der Beschwerdeführerin in die Kosten des Verfahrens und in die angesetzte Sportel verworfen.

Gründe. Die vorliegende Rechtsbeschwerde ist gerichtet gegen die vorerwähnte Entschließung des K. Ministerium des Innern, wodurch von demselben — in vorerst beschränktem Umfange — die Seitens der Ulmer Gemeindebehörden erfolgte Feststellung derjenigen in den Akten näher bezeichneten Straßenbaulinie genehmigt worden ist, welche hiernach über die der Beschwerdeführerin zustehenden Grundstücke Parzelle Nro. 544 und 545 geführt werden soll. Dieselbe glaubt sich durch die gedachte Feststellung beeinträchtigt in dem ihr gemäß Art. 1 der Allgem. Bauordnung zustehenden Rechte beliebiger Ueberbauung dieser Grundstücke, indem hiernach ein Theil der letzteren zum Areal der künftighin anzulegenden Ortsstraße gezogen würde, und sie der Bestimmung in Art. 6 Abs. 1 der Bauordnung zu Folge daran gehindert wäre, solchen zu dem Bauwesen zu verwenden, welches sie an eben dieser Stelle zu errichten beabsichtigt. Der Berufung der Beschwerdeführerin auf Art. 1 der Bauordnung steht jedoch die Erwägung entgegen, daß das Recht der Grundeigenthümer zur Ueberbauung ihrer Liegenschaften hiedurch keineswegs dem ganz freien Belieben derselben anheimgegeben worden ist, daß vielmehr solches nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 1 von ihnen nur ausgeübt werden kann, sofern sie dießfalls nicht durch . . . die in dem Gesetze begründeten polizeilichen Vorschriften . . . beschränkt sind; und da eine solche gesetzliche Beschränkung nach Art. 6 der Bauordnung eben in dem Falle stattfindet, wenn ein Grundstück bauplanmäßig zum Areal einer Ortsstraße bestimmt worden ist, so würde eine Beeinträchtigung des Baurechts der Beschwerdeführerin in jener Feststellung nur dann gefunden werden können, wenn etwa solche nicht in rechtmäßiger Weise erfolgt wäre, wenn insbesondere wesentliche hiefür maßgebende gesetzliche Voraussetzungen dabei unberücksichtigt geblieben sein würden.

Dieß ist es auch, was die Beschwerdeführerin angenommen

wissen will; es soll, wie sie geltend macht, ein die Herbeiziehung der in Frage stehenden Lokalität zum Straßenareale rechtfertigendes öffentliches Bedürfniß (Art. 4 Abs. 1 der Bauordnung) überall nicht vorhanden sein und ferner soll insbesondere der in Art. 4 Abs. 4 des Gesetzes vorausgesetzte Fall — derjenige der Feststellung einer Baulinie, wenn in der Nähe einer Ortsstraße ein neues Gebäude aufgeführt wird — hier insofern nicht vorliegen, als weder „in der Nähe" einer bestehenden Straße gebaut, noch an fraglicher Stelle ein eigentliches „Gebäude" errichtet werden wolle. Von einer näheren Erörterung der Frage des Zutreffens der Voraussetzungen von Abs. 1 des Art. 4 kann hier Umgang genommen werden, weil die Entschließung des K. Ministerium nicht speziell hierauf beruht.

Bezüglich der Bestimmung in Abs. 4 dieses Artikels aber, deren Anwendung somit allein in Frage steht, ist davon auszugehen, daß, während der vorangestellte Abs. 1 nur den allgemeinen Grundsatz ausspricht, daß den dort bezeichneten Behörden die planmäßige Normirung des Straßenbauwesens je nach den hervortretenden Bedürfnissen zukomme, hier — durch jene Spezialbestimmung — die Feststellung einer Baulinie in dem Falle eigens vorgeschrieben, d. h. den Behörden zur Pflicht gemacht wird, wenn ein Gebäude in der Nähe einer Ortsstraße errichtet werden soll. Für diesen Fall ist somit das Bedürfniß solcher Feststellung, welches übrigens keineswegs zusammenfällt mit demjenigen der (sofortigen) Anlage einer Ortsstraße (Art. 13 der Bauordnung), von dem Gesetzgeber selbst vorweg anerkannt. Im Einzelnen kann es sich somit nur noch darum handeln, ob die Voraussetzungen eben dieses Falls vorliegen, ob nemlich die Errichtung eines Gebäudes in Frage steht und ob solches „in der Nähe" einer Ortsstraße errichtet werden soll. Beides trifft hier unzweifelhaft zu. Das Bauwesen, welches die Beschwerdeführerin nach ihrem dem Ulmer Bauschauamt unterm $\frac{27.\ \text{Juli}}{20.\ \text{Septbr.}}$ 1881 vorgetragenen Gesuche zu errichten beabsichtigt, ist nach der Art und Weise, auf welche dasselbe mit dem Erdboden in Verbindung gebracht werden soll, sowie nach seinem Umfange und der für dasselbe vorgesehenen

Konstruktion keineswegs denjenigen Gebäulichkeiten von blos provisorischem Charakter beizuzählen, hinsichtlich welcher der zweite Absatz des Art. 16 der Bauordnung unter Umständen eine ausnahmsweise Behandlung zuläßt, während das Gesetz im Uebrigen (conf. Abs. 1) alle Gebäude ꝛc. (und darunter sind nicht etwa blos die Wohnhäuser zu verstehen) den von ihm statuirten Normen unterworfen wissen will. Ferner kann bei einer Entfernung von nur etwa 40 Meter rückwärts der bauplanmäßig längst festgestellten Ehinger Straße und zwar unweit derjenigen Stelle derselben, wo solche durch die sie durchschneidende Eisenbahn unterbrochen wird, auch das mit Grund nicht bezweifelt werden, daß es sich hier um ein „in der Nähe" jener Straße zu errichtendes Bauwesen handelt, für welches sonach die Bestimmung einer entsprechenden Baulinie, auch abgesehen von der Lage desselben in der Nähe zugleich einer Eisenbahn (Art. 31 der Bauordnung), geboten erscheint.

Dadurch, daß die Gemeindebehörden der Stadt Ulm diese Baulinie so, wie geschehen, festgestellt haben und daß diese Feststellung von dem K. Ministerium des Innern genehmigt worden ist, kann daher die Beschwerdeführerin als in einem ihr zustehenden Rechte verletzt nicht erkannt werden.

12) Art. 13 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876.

Urtheil vom 12. März 1884.

Rechtsbeschwerde des Privatier Karl Klinger in Hall, Erweiterung des Ortsbauplans betreffend.

Im Jahre 1869 kam aus Anlaß eines größeren Schulhausbauwesens in Hall bei dem dortigen Gemeinderath eine den ganzen nördlichen Theil der alten Stadt, hauptsächlich die Gegend des sog. langen Grabens umfassende Ergänzung des Stadtbauplans durch Anlegung einer die Garten- und Grabenstraße verbindenden Querstraße Nr. II, später Büschlers- oder Münzstraße genannt, zur Sprache, welche unter Anderem das Klingersche Grundstück Parz. Nr. 620 in vortheilhafter Weise berührte und in gerader Linie auf dessen nordöstlich gelegene Gutsparzelle Nr. 621 führte. Das Projekt wurde von der Kreisregierung in Ellwangen genehmigt. Aus

Anlaß eines im Jahre 1879 von dem Nachbar Klingers, Joh. Kühnle, vorgetragenen Baugesuchs erhoben sich aber wegen der Steigungsverhältnisse der projektirten Straße Anstände, und es hat das Ministerium des Innern am 7. Oktober 1879 in der Erwägung, daß die sich ergebende Steigung ein ordnungsmäßiges Befahren der Straße nicht mehr gestatten würde, somit für neue Baustraßen unzulässig sei, die an der genannten Straßenstrecke bestehende Baulinie aufgehoben. Diese Entschließung wurde dem Klinger vorschriftsmäßig eröffnet. Am 17. Januar 1880 beschloß der Gemeinderath Hall, die Querstraße Nro. II in der gegen früher um einige Meter reduzirten Breite von 8,88 Meter mit einer Treppenanlage als Verbindungsweg in den Stadtbauplan aufzunehmen. Auf Grund dessen wurde das Kühnlesche Bauprojekt am 13. April 1880 vom Ministerium des Innern in der Rekursinstanz genehmigt, wobei Klinger, der zahlreiche Anstände dagegen vorgebracht hatte, sich beruhigte. Der Kühnlesche Baufall gab Anlaß, die 1869 beschlossene Bauplanergänzung einer umfassenden Revision zu unterwerfen und es hat darauf das Ministerium des Innern am 1. Oktober 1883 die mit einer Treppenanlage beschlossene Querstraße Nr. II sowie die vom Gemeinderath weiter beschlossene Anlegung einer zweiten, die Garten- und Grabenstraße gleichfalls verbindenden, den nördlichen Theil des Klingerschen Grundstücks Parz. 620 in schiefer Richtung durchschneidenden Straße, sog. Brunnenstraße, unter Verwerfung der von Klinger vorgebrachten Einsprachen genehmigt.

Hiegegen erhob Klinger Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof, indem er vortrug:

Er finde sich durch die Ministerialentschließung in seinen Interessen schwer verletzt, da für ihn als Besitzer der nordöstlich der Gartenstraße gelegenen Gutsparzelle eine geradlinige fahrbare Verbindung der letzteren Straße mit der Altstadt von größtem Werth sei und eine Bebauung mit Oekonomiegebäuden, wie sie dem Oekonom Kühnle bei Genehmigung einer Staffelstraße ermöglicht werde, auch eine Entwerthung seines des (Klingerschen) Besitzthums in sich schließen würde. Ebenso sehe er sich durch die Genehmigung der sein Anwesen in ganz besonders lästiger Weise durchschneidenden Diagonalstraße in seinen Interessen geschädigt, da das ihm noch

verbleibende kleine Dreieck an der Grabenstraße nutzlos für ihn werde und, so weit die Straße seinen Besitz durchschneide, ihm auch ein Verlust an Grundeigenthum in der Ausdehnung der ganzen Straßenfläche erwachsen würde, während ihm doch nur auf Einer Seite der Straße ein Anbauen möglich wäre. Dem zufolge bitte er, unter Aufhebung der Ministerialentschließung seiner Beschwerde Statt zu geben und der Stadtgemeinde Hall unter gleichzeitiger Aufhebung der Diagonalstraße die Auflage zu machen, daß sie die Büschlers-(jetzt Münz-)straße in der ursprünglichen von der Kreisregierung in Ellwangen genehmigten Breite von 11 Meter und dem technisch zu erreichenden Visir von 8 % ausführe.

In einem Nachtrag hat Klinger, gestützt — wie er sagte — auf das ihm durch Art. 5 (der Bauordnung) gewährte Recht der Einwendung, den § 4 der Vollziehungsverfügung zur Bauordnung, nach welchem auf die Geradleitung der Straßen Bedacht zu nehmen sei, sowie den § 7 dieser Verfügung für sich geltend gemacht, nach welchem die zur Zeit bestehenden Ortsbaupläne, welche die Genehmigung der zuständigen Regierungsbehörde erhalten haben, in Kraft bleiben sollen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Beschwerde verworfen.

Gründe. Die vorliegende Beschwerde ist gerichtet gegen denjenigen Theil der oben erwähnten Verfügung des K. Ministerium des Innern, wodurch unter Genehmigung von Beschlüssen der bürgerlichen Kollegien der Stadt Hall zwischen zwei für den nordöstlichen Theil der Stadt bauplanmäßig schon früher festgestellten Parallelstraßen, nemlich der Graben- und der Gartenstraße, zu Ergänzung des Ortsbauplans, zwei Querstraßen vorgesehen wurden, nemlich die den nördlichen Theil des Klinger'schen Grundstücks Parzelle 620/621 in schiefer Richtung durchschneidende Brunnenstraße und — südlich von jenem Grundstücke gelegen, senkrecht auf die beiden genannten Parallelstraßen gestellt — ein in der Breite von 8,6 M. anzulegender, mit einem Staffelgange zu versehender Verbindungsweg (Querstraße Nr. II).

Durch frühere Beschlüsse der Gemeindebehörden, welche unterm 30. Oktober 1869 die Genehmigung der K. Regierung des Jaxtkreises erhalten hatten, waren für jene Gegend zwei je in senkrechter Richtung zwischen den erwähnten Parallelstraßen verlaufende

Querstraßen vorgesehen worden, von welchen die südlicher gelegene eine Breite von 40′ hätte erhalten sollen und als fahrbarer Weg anzulegen gewesen wäre. Diese frühere Feststellung hatte sich jedoch lediglich auf die Baulinie jener Querstraße bezogen, ohne daß hierbei die Steigungsverhältnisse derselben des Näheren erhoben und demgemäß zugleich deren Visire normirt worden wären. Als sich daher aus Anlaß eines von dem Oekonomen Joh. Kühnle im Jahre 1879 vorgetragenen Bau-Gesuchs Anstände in letzterer Hinsicht ergaben, wurde bei Gelegenheit von Erörterungen, die über eine hierwegen von Klinger bei dem K. Ministerium des Innern erhobene Beschwerde stattfanden, von Letzterem unterm 7. Oktober 1879 jene frühere Feststellung der genannten Baulinien aufgehoben, was den Betheiligten, insbesondere auch dem Klinger, eröffnet wurde und wobei sich letzterer damals beruhigte, indem er hierwegen eine Rechtsbeschwerde an den K. Verwaltungsgerichtshof nicht ergriff.

Schon hiernach erscheint seine nunmehr erhobene Beschwerde, soweit solche auf Wiederherstellung jenes früheren Straßenbauprojekts abzielt, als ausgeschlossen. Ueberhaupt aber ist bei Würdigung dieser Beschwerde davon auszugehen, daß die — sei es im Ganzen, sei es in beschränktem Umfange erfolgende — Feststellung von Straßenbauplänen durch das Gesetz (Art. 4 flg. der Allgem. Bauordnung von 1872) lediglich dem pflichtmäßigen Ermessen und der Verfügung der hierzu berufenen Verwaltungsbehörden, nemlich der Gemeindekollegien mit Genehmigung der betreffenden höheren Aufsichtsstellen anheimgestellt ist, woraus sich ergibt, daß von einzelnen an einer Straßenanlage betheiligten Personen eine Anfechtung solcher Verfügungen auf dem Verwaltungsrechtswege nur etwa insofern erfolgen kann, als dieselben unter Berufung auf ein ihnen zustehendes besonderes Recht zu behaupten und nachzuweisen vermöchten, daß von Seiten der Behörden gesetzliche Voraussetzungen derartiger Feststellungen nicht eingehalten worden seien.

Auf solche Weise hat in dem vorliegenden Falle der Beschwerdeführer seinen Anspruch nicht zu rechtfertigen vermocht. Weder hat derselbe geltend zu machen gewußt, daß bei der beanstandeten Feststellung nicht ordnungsmäßig verfahren oder bei

dem stattgehabten Verfahren auf wesentliche gesetzliche Voraussetzungen nicht die ihnen gebührende Rücksicht genommen worden sei, noch war er im Stande, auf ein ihm zustehendes Recht in der Richtung sich zu berufen, daß jene Feststellung nicht so, wie geschehen, hätte erfolgen sollen. Worauf er sich in letzterer Hinsicht in seiner hierher gerichteten Beschwerdeschrift allein zu beziehen vermochte, sind gewisse durch die beanstandete Verfügung angeblich beeinträchtigte oder gefährdete Interessen. Eine solche Beeinträchtigung oder Gefahr aber ist nicht geeignet, eine Rechtsbeschwerde hierwegen als begründet erscheinen zu lassen.

In einem verspätet eingekommenen Nachtrag zu seiner Beschwerdeschrift hat sich zwar Klinger auf das in Sachen der Ortsbaupläne dem Betheiligten durch Art. 5 der neuen allgem. Bauordnung eingeräumte Recht der Einsprache berufen. Dieses Recht ist jedoch den Interessenten dort zugestanden zunächst nur für den Bereich des administrativen Feststellungsverfahrens, in welchem ja Klinger von demselben auch Gebrauch gemacht hat; auf die Erhebung von Rechtsbeschwerden vermag dasselbe eine Wirksamkeit nur eben alsdann zu äußern, wenn es sich im einzelnen Falle um eine — materielle — Rechtsverletzung handelt, wenn eine solche von dem Beschwerdeführer zum mindesten behauptet und präzisirt werden kann.

Des Weiteren hat sich Klinger zu Begründung seines Anspruchs nachträglich auf mehrere Bestimmungen der zur Vollziehung der allgem. Bauordnung ergangenen Ministerialverfügung bezogen, nemlich auf diejenige Stelle in § 4 dieser Verfügung, welche von der „Geradleitung" der Straßen handelt, und ferner auf § 7 derselben, sofern hiedurch die fortdauernde Wirksamkeit der vor dem Inkrafttreten der Bauordnung genehmigten Ortsbaupläne und Baulinien anerkannt worden. Allein die ersterwähnte Bestimmung, durch welche den Behörden für die ihnen obliegende Behandlung von Ortsbauplänen lediglich eine Direktive und zwar nur in soweit ertheilt werden sollte, „als nicht örtliche Verhältnisse eine Abweichung begründen", findet hierher schon insofern keine Anwendung, als die projektirte Brunnenstraße, auf welche sich dieser Einwand allein beziehen kann, obwohl in schiefer Richtung gegen die Graben- und Gartenstraße verlaufend, doch geradlinig

angelegt werden soll. Der Berufung auf § 7 aber steht die Erwägung entgegen, daß hiedurch nur ein allgemeiner Grundsatz ausgesprochen werden wollte, von welchem je nach den obwaltenden besonderen Umständen sollte abgewichen werden können (conf. Abs. 2 dieses Paragraphen), wie denn die Behörden durch die genannte Bestimmung selbst (Abs. 1, zweiter und dritter Satz) zu einer Aenderung beziehungsweise Aufhebung früher genehmigter Ortsbaupläne speziell für den Fall sogar angewiesen worden, daß letztere die Visirverhältnisse der in ihnen vorgesehenen Straßen nicht regelten und sich bei der hierwegen nachträglich erfolgenden Feststellung die Undurchführbarkeit oder Unzweckmäßigkeit eines früheren Bauplans ergibt. Gerade dieser Fall ist es, welcher in Ansehung der unter dem Namen Büschler- oder Münzstraße früher genehmigten Baulinie hier vorliegt.

Nach all' dem Vorstehenden konnte der erhobenen Beschwerde keine Folge gegeben werden.

13) Bezug von Floßbrettern (actio negatoria) bezw. Ersatz nicht schuldiger Floßbretter (condictio indebiti).

Urtheil vom 6. Juli 1881.

Die Neckarflößerschaft, Klägerin, Berufungsbeklagte, gegen die Stadtgemeinde Horb, Beklagte, Berufungsklägerin.

Von Dettingen herkommend theilt sich der Neckar vor Horb in zwei Arme, von denen der eine durch ein längeres Wehr das Wasser dem Mühlkanal zuführt, der andere den eigentlichen Neckar mit der ehemaligen Floßgasse enthält. Die durch diese Theilung gebildeten Inseln (Wilhelmsinsel, Fohlensprung) sind der Hauptsache nach im Eigenthum der Stadt Horb, welche auch das Eigenthum des Mühlkanals beansprucht, an dem sich zwei früher städtische Mühlen, die obere und die untere Mühle, sowie weiter unten eine Fabrik befinden.

Die Stadt Horb hat von jedem den Mühlkanal passirenden Floß 8 Bretter oder deren Geldwerth und überdieß von jedem mehr als 930′ langen Floß ein Uebermeßgebühr und als solche Floßbretter von 16′ Länge und 1 Zoll Dicke erhoben. Eine Berechtigung hiezu wird von der Flößerschaft bestritten.

Ueber die Entstehung dieses Bretterbezugs ist zu bemerken:

Das im Deutschen Recht anerkannte jus grutiae als das Recht, Holz ohne Schiff durch den Strom des Wassers hinabzuführen, bestand in Württemberg als herzogliches Regal und stand für den oberen Neckar den sog. Wasserherrschaften Oesterreich (wegen der Grafschaft Hohenberg), Württemberg und der Reichsstadt Eßlingen zu, welche verschiedene Verträge über die Flößerei abschloßen. Nach dem Vertrag von 1476 sollte an Floßabgaben nur der Zoll in Lauffen gefordert werden dürfen, ebenso nach denjenigen von 1484, vom 26. Juni 1590 und 15. Juni 1593 (die beiden letzteren nur zwischen Oesterreich und Württemberg abgeschlossen). Floßbretter wurden erst durch den am 20./30. April 1664 zwischen den 3 Wasserherrschaften unter Zuziehung von Delegirten der Ritterschaft, der Städte Horb und Rottenburg, der Fischer und der Flößerschaft zu Stande gekommenen Vertrag eingeführt. Derselbe bestimmte in Pkt. 1:

> „Wenn die Flöße in Folge Säumigkeit über 2 Tag und 2 Nacht liegen bleiben, ist dem Eigenthümer des Wassers für jede Nacht und Tag 2 Bretter zu geben".

Pkt. 2 sagt:

> „Müller haben den Flößern das nöthige Wasser auf den Durchlaß zu geben; ist Zustellung der Mühlen hiefür nöthig, so ist auf jeden Gang, der zugestellt wird, 1 Brett zu geben".

Nach einer Notiz im Protokoll der Flößereikommission vom 8. Oktober 1830 enthielt eine Beschwerde der Flößer von 1698 folgende Stelle:

> „Zu Horb gehe es gar zu bunt gegen die Verträge her, maßen wegen des fliegenden Stegs, welcher gemeiner Burgerschaft in Horb (und der Flößerschaft ganz nicht) zu Gutem neuerlich erbaut worden, . . . 2 Bretter
> den beiden Malmühlen . . . . . 16 „
> von dem oberen Müller, daß er den Durchlaß
> aufthut . . . . . 1 „
> also in Summa 19 Bretter
> von Einem Floß hinweggenommen werden, welches nebst diesem neuerlichen Beginnen, daß, wenn das Wasser zu

groß oder zu klein, sie von jedem Floß über Nacht 2 Bretter nehmen, unumgänglich förderlichst zu remediren."

Nach einem Horber Amtsprotokoll vom 24. März 1706 führten die Flößer weitere Beschwerde darüber, daß ihnen von jedem Floß 18 Bretter abverlangt werden, worauf der große und kleine Rath in Horb am 26. desselben Monats „konkludirte, daß die Flößer von jedem Floß 10 Bretter geben sollen," und als sich letztere auch hiebei nicht beruhigten, „resolvirte" der große und kleine Rath am 8. April 1706 „einhellig, daß da im Fahl die Flößer ins künftig mit 10 Bretter bei dieser brauchenden Furt an den Mülinen geben wollen, sie inhiefüro wiederumb die alte Furt brauchen sollen, dagegen man bei dem derentwillen vorhandenen Vergleich ex parte der Stadt auch lediglich verbleiben wolle".

Deßgleichen sagt ein Rathsprotokoll vom 5. März 1717: „Wegen der von durchpassirenden Flößen über den Waag vor Zeit gereichte 2 Bretter sollen wieder de novo wegen der Flözlis oder Gaißbruck anbegert und keineswegs dahinten gelassen werden".

Ein solches vom 1. Februar 1720 enthält den Eintrag: „Die Bretter, welche bisher die Mühlmeister von den Mühlinnen gefallendt eingezogen und verrechnet, sollen künftighin die Herrn Baumeister einziehen und verrechnen".

Die Baurechnung von 1735 stellt Fol. 9 in Einnahme:

„Dieß Jahr sind von der Dornstett Kompagnie, weilen sie das Brucken im Mülgraben mit einem Floß hinweckgeführt, empfangen worden 2 fl."

Dann Fol. 30:

„Einnahme Bretter vom Rest: die ferndige Herrn Baumeister haben uns in 2 Posten übergeben . . 284 Stück
von Durchlaßbrettern empfangen. Diß Jahr
sind von 92 durchpassirten Flößen von jedem
à 10 St. erhalten worden . . . . . 920 „
1204 Stück

Am 13. September 1740 fand in Rottenburg wieder eine Konferenz der 3 Wasserherrschaften unter Zuziehung von Vertretern der Flößer-Ritterschaft, der Städte Rottenburg und Horb als Interessenten statt. Bei Durchgehung der Ansprüche in den

einzelnen Orten heißt es

„Horb.

Wegen der untern und obern Mühle werden gefordert . . . . . 16 Bretter

sodann wegen des Gaisstegs . . . . . 3 Bretter

ad recessum:

Es solle bei den 2 Mülinen auf jeden Gang, der wegen des Floßwesens zugestellt werden muß, 1 Bret nach Maßgabe älteren Rezesses eingezogen werden, hiegegen der Einzug aller übrigen Bretter, es geschehe wegen Fischwasser oder anderem als rezeßwidrig zessiren, außer 1 Brett wegen Aufhebung des Gaisstegs, ratione dessen es dahin ausgesetzt wird, ob man horbischer Seits ex documentis publicis, wie man sich selbsten offerirt, erweisen könnte, daß solches Brett alschon vor Errichtung des 1664er Vertrags eingezogen mithin in selbigem tacite agnoscirt worden."

Nach einem abschriftlich vorhandenen Bericht vom 19. Septbr. 1740 zeigten Bürgermeister und Rath von Horb an, daß sie den gedachten Nachweis nicht liefern können, worauf der Vertrag vom 20. September 1740, der aber erst Juli/September 1741 von den 3 Wasserherrschaften genehmigt wurde, in Punkt 39 bestimmte:

„Nachdem nun im Gegentheil von gesammter Flözerschaft spezifirlich eingeklagt worden, welcher Gestalt zuwider den Verträgen und in Specie de anno 1664, womit Art. 2 wegen der Stell- und Versetzbretter fürgesehen und disponiret worden, daß nur im Fall die Müller zustellen müßten, auf jeden Gang 1 Brett und nicht weiter von jedem Floß gegeben, die Versetzbretter aber denen Floßherrn verbleiben sollen, vielfältige Neuerungen beschehen, daß benanntlich

2) zu Horb bei der oberen und untern Mühl 16 Bretter nebst 1 Brett wegen des Gaisstegs abgefordert werden. —

So hat man zwar ex parte Württemberg zur Erleichterung des durch derlei zum Theil ganz neuerliche Auflagen ziemlich beschwerten Floßkommerzii mit dem Offerte seiner Seits vorzugehen den Antrag gethan. Daß all und jede Bretter außer den in § 2 des Vertrags de anno 1664 benamsten

Zuſtellbretter bishero vorerwähntermaßen eingeführt wurden ohne Ausnahmen gänzlichen abbeſtellt werden ſollen.

Nachdem aber hierwegen die ein- und andererſeits habende unterſchiedliche tituli in genaue Unterſuchung genommen und dabei befunden worden, daß beſonders das bei jedem Floßloch abreichende Durchlaßbrett von alters herkommen und in Vergleichung der an ſeither der Waſſerherrſchaften dagegen habenden Beſchwerlichkeiten von ſchlechter Conſideration ſein mögen; ſo hat man dieſerwegen verabſchiedet,

daß ohne Konſequenz auf andere zu machen dasjenige Brett ſo für die Oeffnung der Floßweehr bishero gereichet worden, gleichwol ohnweigerlich förter abgereicht, alle übrige aber, welche in gegenwärtigem Receß anderſt wo nicht specialiter oder generaliter ausgetragen worden, unter was für praetext ſolche auch gefordert werden könnten, hiermit gänzlichen abgeſtellt ſein ſollen."

Am $\frac{16.\ \text{Juli}}{20.\ \text{Auguſt}}$ 1818 wurden die beiden ſtädtiſchen Mühlen an Private verkauft und hiebei in Punkt 3 bedungen:

„Es werden jedem einzelnen Käufer für jede Mühle 2 Stück Bretter abgetreten und zum künftigen Selbſteinzug überlaſſen, welche von jedem durchpaſſirenden Floß zu entrichten ſind, ſo daß ſtatt bisheriger 10 St. Bretter künftig nur 8 Stück für den ſtädtiſchen Flößerwaaſenbeſtand vom 1. Dezember 1818 an ſich vorbehalten werden, bis wohin übrigens wie bisher nur 1 Brett für jede Mühle bezogen werden darf. Wenn die Mühlen wegen der Durchlaſſung eines Floßes geſtellt werden müſſen, hat jeder Müller von jedem zuzuſtellenden Gang noch weiter 1 Brett anzuſprechen."

Am $\frac{31.\ \text{März}}{5.\ \text{April}}$ 1831 erſtattete die für Reviſion der Rezeſſe für das Floßweſen auf dem Neckar eingeſetzte Miniſterialkommiſſion in einem ausführlichen Bericht die Anzeige, daß neben den Floßbrettern, welche von den Beſitzern der vormals ſtädtiſchen Mühlen in Horb bezogen werden, auch die Stadt Horb ſelbſt von jedem auf dem Neckar durchgehenden Floß 8 Stück Bretter beziehe, ohne einen geſetzlichen Titel dafür geltend machen zu können. Das

Miniſterium des Innern fertigte dieſen Bericht am 9. April 1831 der Kreisregierung in Reutlingen mit dem Auftrag zu, nach Vernehmung des Stadtraths Horb wegen dieſes nicht begründet ſcheinenden Bezugs das Geeignete vorzukehren und, wie ſolches geſchehen, anzuzeigen. Zur Erklärung aufgefordert gab der Stadtrath Horb letztere am 1. Juni 1831 dahin ab: der Neckar fließe in einiger Entfernung von der Stadt vorbei; von dieſem Flußbett ſei ein Kanal, der Floß- und Mühlkanal, gezogen, der ganz nahe an der Stadt bei den Mühlen vorbeifließe; wegen der größeren Bequemlichkeit zum Flößen und Landen benützen die Flößer ſchon ſeit langer Zeit dieſen Kanal; da hiedurch die Ufer ſehr beſchädigt werden und der Stadt die Erhaltung dieſer ſowie des Kanals obliege, ſo haben die Flößer für die Benützung des Kanals die fraglichen Bretter zu entrichten; die Bitte um fernere Geſtattung des Bezugs werde um ſo mehr gerechtfertigt ſein, als die Stadt ſonſt genöthigt wäre, den Flößern den Mühlkanal zu verſchließen und ſie auf den eigentlichen Neckarfluß zu verweiſen.

Die Sache blieb aber, ohne daß eine Verfügung getroffen wurde, bis zum Jahre 1834 liegen. Am 30. Juni dieſes Jahrs ordnete auf einen Bericht der Miniſterialkommiſſion, daß von den 3 Müllern in Horb der obere und der untere Müller je 2, der Oelmüller 1 Durchlaßbrett beziehe, neben 11 Zuſtellbrettern, wenn die 11 Gänge dieſer Mühlen zugeſtellt werden, die Kreisregierung in Reutlingen an, es haben der obere und der untere Müller je nur 1 Durchlaßbrett zu beziehen, hinſichtlich des zweiten Bretts ſei, wenn die Flößer damit einverſtanden ſeien, daſſelbe als Vergeltung für das Schließen der Floßgaſſe den Müllern zu geben, hiegegen nichts zu erinnern. Die 11 Zuſtellbretter wurden den Müllern zugeſprochen.

Die hiegegen von den beiden Müllern erhobenen Beſchwerden wurden von dem Miniſterium des Innern am 5. März 1835 abgewieſen.

Im Jahre 1864 entſtand Streit zwiſchen der Neckarflößerſchaft und der Stadt Horb über die Beſchaffenheit der Floßabgabebretter und deren Maß nach Länge, Breite und Dicke. Der Anwalt der Stadt-Gemeinde Horb beſtritt die Zuſtändigkeit der Verwaltungsgerichte, weil der Bretterbezug der Stadt ſich auf

deren Eigenthum an dem Floßkanal und unvordenkliches Herkommen, somit auf einen privatrechtlichen Titel, und nicht auf das Regierungsdekret vom 30. Juni 1834 stütze. Nachdem die Kreisregierung diesen Streit an den Civilrichter verwiesen hatte, machte auf erhobene Beschwerde an das Ministerium dieses den Rechtsanwalt der Flößerschaft darauf aufmerksam, daß der der Kreisregierung im Jahre 1831 ertheilte Auftrag der Abstellung des Floßbretterbezugs der Stadt Horb unvollzogen geblieben sei, und ordnete an, daß der Streit über die Qualität der Bretter bis zur Entscheidung über das Recht selbst ausgesetzt werde.

Am 20. Februar 1869 — und damit begann der gegenwärtige Streit — lief bei dem Oberamt Horb eine Klage des R.-A. F. als angeblich gerichtsbekannten Anwalts der Neckarflößerschaft gegen die Stadtgemeinde Horb ein mit der Bitte, zu erkennen, daß die Stadtgemeinde zu dem Bezug von 8 Brettern oder deren Geldwerth von jedem den Mühlkanal passirenden Floß sowie der sog. Uebermeßgebühr nicht berechtigt sei; daher ferner dieses Bezugs bei Strafvermeidung sich zu enthalten habe und verpflichtet sei, das dießfalls unberechtigt seither von den Neckarflößern Bezogene denselben wieder zu erstatten. Es wurde geltend gemacht: durch die Verhandlung über frühere Beschwerden der Flößerschaft gegen die Stadtgemeinde habe sich und zwar erstmals 4. August 1864, ergeben, daß dieselbe die fragliche Abgabe nicht etwa, wie die Flößerschaft angenommen habe, auf Grund der Regierungsentscheidung vom 30. Juni 1834 als Theil der der oberen und unteren Mühle in Horb zuerkannten Zustell- und Durchlaßbretter, sondern für die Benützung des künstlich errichteten Mühlkanals als Floßstraße und als Hafen, sowie zum Theil für die Benützung der auf städtischem Eigenthum befindlichen Ladstätte und Einbindplatzes fordere, und hiezu stehe der Stadt ein Recht nicht zu.

Der Bevollmächtigte der Stadt Horb bestritt die Kompetenz der Administrativjustizbehörden, weil das angefochtene Floßbretterbezugsrecht der Gemeinde auf privatrechtlichem Titel, dem Eigenthumsrecht an dem auf städtischem Grund und Boden für Privatzwecke ausgegrabenen Mühlkanal, den die Flößer zur Durchfahrt benützen, und an dem anstoßenden von den Flößern gleichfalls benützten Floßladstattplatz beruhe.

Das Oberamt verwarf die Einrede der Inkompetenz — denn das Klagfundament bilde die Anwendbarkeit des hinsichtlich des Flößereiwesens bestehenden öffentlichen Rechts, nemlich des Floßvertrags von Rottenburg von 1740, auch auf die Stadt Horb — und nahm die Sache in Verhandlung. Die Beklagte verneinte die Anwendbarkeit des Floßvertrags von 1740. Der Mühlkanal, behauptete sie, sei kein öffentliches Wasser und sei auch von den Flößern bis Ende des 17. Jahrhunderts nicht benützt worden. Erst da sei von ihnen ein Uebereinkommen mit der Stadt getroffen worden, durch welches ihnen die Stadt gegen 10 Bretter die Durchfahrt gestattet habe, und als später Zwist wegen dieser Bretter entstanden sei, habe der Horber Rath den (oben erwähnten) Beschluß vom 8. April 1706 gefaßt. Mindestens von da an seien die Bretter bezogen worden, es habe mithin die Stadt auch die unvordenkliche Verjährung für sich. R.-A. F. bestritt das Privateigenthum der Stadt an dem Kanal sowie das behauptete Uebereinkommen der Stadt mit den Flößern und hielt die Behauptung, daß der Floßvertrag von 1740 Anwendung finde, fest.

Die Sache blieb nun liegen. Erst am 14. Juli 1876, nachdem inzwischen auf Grund des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1870 über die Abgaben von der Flößerei und der kais. Verordnung vom 19. Februar 1871 der Floßgebührenbezug der Stadt Horb vom 1. März 1871 an durch rechtskräftig gewordene Entscheidung des Oberamts vom 27. Februar 1872 aufgehoben, auch der Stadt die Zurückerstattung der vom 1. März 1871 an erhobenen Gebühren an die Flößerschaft auferlegt worden war, wurde, da die Klägerin nichts desto weniger auf Fortsetzung des Rechtsstreits beharrte, von R.-A. F. die Vorlegung einer von der Klägerin ausgestellten Vollmacht verlangt und demselben die Auflage gemacht, die angebrachte Klage aus einer actio negatoria in eine condictio indebiti zu verwandeln. Eine von den 2 Wasservögten Rommel und Adrion unterzeichnete Vollmacht wurde hierauf vorgelegt, die Klageänderung aber abgelehnt.

Am 18. Juni 1877 wies das Oberamt die Klägerin mit ihrer Klage kostenfällig ab, weil die Forderung auf Einstellung des Bezugs von 8 Floßbrettern durch die ergangene oberamtliche Entscheidung vom 27. Februar 1872 gegenstandslos geworden, zur Rückforderung

der früher angeblich indebite bezahlten Abgaben aber nicht die Neckarflößerschaft, sondern nur diejenigen Flößer berechtigt seien, welche die Abgaben wirklich bezahlt haben.

R.-A. F. rekurrirte gegen dieses Erkenntniß und präzisirte das Klagpetitum nun dahin, zu erkennen, daß

1) die Beklagte auch vor dem 1. März 1871 zu dem Bretterbezug nicht berechtigt gewesen und deßhalb

2) verpflichtet sei, das bis dahin Bezogene an die Flößer zurückzuerstatten.

Nach den Statuten der Flößerschaft, war zum Legitimationspunkt gesagt, haben die Wasservögte das Recht und die Pflicht, den Verein d. h. sämmtliche, die Langholzflößerei auf dem Necka betreibende Holzhändler in Angelegenheiten des Flößereibetriebs, namentlich gegen solche zu vertreten, welche letztere durch unbefugte Anmaßung von Rechten zu hemmen suchen.

Nachträglich legte R.-A. F. eine auch von dem dritten Wasservogt Medard Zimmermann unterzeichnete Vollmacht vor nebst dem Protokoll über die Wahl der Wasservögte vom 21. März 1876 und bemerkte, daß eventuell jedenfalls den Wasservögten selbst das Recht nicht abgesprochen werden könne, die von ihnen selbst indebite bezahlten Abgaben von der Beklagten zu fordern. Außerdem wurde sich erboten, nöthigenfalls auch eine von sämmtlichen Neckarflößern unterzeichnete Vollmacht beizubringen. Nachdem auf Anordnung der Kreisregierung eine neue, das seither Verhandelte genehmigende Vollmacht aller 3 Wasservögte eingekommen war, fand vor ersterer am 24. März 1879 eine mündliche Verhandlung statt, zu welcher außer den beiderseitigen Anwälten der Regierungsreferent, die beiden Wasservögte Rommel und Adrion, sowie der stellvertretende Wasservogt Kayser erschienen.

Beklagter Seits wurde die Klageänderung nicht beanstandet, die Sachlegitimation der Neckarflößerschaft aber wiederholt bestritten.

Pkt. 1 der Klagbitte begründete Klägerin damit, daß der Bretterbezug gesetzwidrig sei, weil ihn der Floßrezeß von 1740 ausschließe. Beklagte entgegnete: die Gebühr von 10 Floßbrettern sei gar nicht Gegenstand dieses Floßrezeßes gewesen, und in Folge der Länge der Zeit der faktische Zustand ein rechtlicher geworden. Klägerin bestritt letzteres.

Ad Pkt. 2 der Klagbitte erklärte sie: An sich werde der Ersatz der Floßgebühren auf die 30 Jahre, welche der Erhebung der Klage im Jahre 1869 vorangehen, beansprucht. Mit Rücksicht jedoch darauf, daß nur Floßregister vom Jahr 1846 an vorliegen und ohne solche die einzelnen Leistungen schwer zu beweisen wären, werde der Anspruch auf die in den Floßregistern verzeichneten Beträge von 1846 an beschränkt, die Feststellung des Betrags einem besonderen Liquidationsverfahren vorzubehalten beantragt und die Ersatzforderung selbst damit begründet, daß die Stadt Horb durch die gesetzwidrige Erhebung der Bretter bezw. deren Surrogats in ungerechtfertigter Weise bereichert worden sei. Der Vertreter der Beklagten bestritt auch hier die Sachlegitimation, eventuell erklärte er sich mit dem Vorbehalt der Liquidation einverstanden, akzeptirte auch die Beschränkung der Rückforderung bis zum Jahr 1846. Dagegen bestritt er das Rückforderungsrecht, da die Flößer nicht irrthümlich die Zahlung geleistet haben und die Stadtgemeinde durch solche nicht mehr bereichert sei. Darauf erwiderte der klägerische Bevollmächtigte, die Klagbitte gehe gerade dahin, daß das unrechtmäßig Empfangene an die einzelnen Flößer herausbezahlt werde, die Flößer haben sich jedenfalls bei der Zahlung in einer Zwangslage befunden, indem sie, ohne unverhältnißmäßigen Schaden zu leiden, die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Bezugs nicht haben betreiben bezw. abwarten können; an Protesten habe es nicht gefehlt und eine Bereicherung der Stadt sei auch heute noch vorhanden.

Die privatrechtliche Natur der Abgabe wurde auch jetzt wieder behauptet bezw. bestritten.

Schließlich wurden das Statut und die Protokolle der Neckarflößerschaft zu Gerichtshanden gegeben.

Am 31. Dezember 1879 erkannte die Kreisregierung:

1) Der Stadtgemeinde Horb sei auch vor dem 1. März 1871 das Recht nicht zugestanden, von jedem den Mühlkanal zu Horb passirenden Floß 8 Bretter oder deren Surrogat in Geld und überdieß von den mehr als 930′ langen Flößen ein Uebermeßgebühr zu fordern,
2) Dieselbe sei schuldig, die vom Jahr 1846 incl. bis zum

28. Februar 1871 bezogenen Gebühren, vorbehältlich der Liquidation durch die Flößerschaft zu erstatten, auch

3) sämmtliche Kosten und die Sportel zu bezahlen.

Die Entscheidungsgründe giengen im Wesentlichen dahin:

Durch die mit dem 1. März 1871 erfolgte Abstellung des Bretterbezugs und Rückerstattung des seitdem von der Stadt Horb Bezogenen habe die Klagbitte von 1869 eine Einschränkung erhalten, sei aber nicht gegenstandslos geworden; die Neckarflößerschaft habe heute noch ein berechtigtes Interesse daran, daß über das von ihr angefochtene Recht der Stadt erkannt werde, da von diesem Erkenntniß die Ersatzforderung für die Vergangenheit und das Erkenntniß über den Kostenpunkt abhänge.

Die Zuständigkeit der Verwaltungsjustizbehörden sei nicht zu bezweifeln. Stets sei es als eine Aufgabe der Staatspolizei betrachtet worden, für ordnungsmäßige Benützung der Wasserstraßen zu sorgen und die Flößer vor ungebührlicher Belastung zu bewahren; beruhen aber die Floßabgaben auf der Anerkennung und Normirung durch die öffentliche Gewalt, so gehören sie auch dem öffentlichen Recht an und unterliegen der Entscheidung des Verwaltungsrichters (Art. 10 Ziff. 24 des Verw.-Rechtspflege-Gesetzes). Die Abgabe stelle sich lediglich als Durchlaßgebühr dar, und der Mühlkanal, wenn er zur Durchfahrt der Flöße eingerichtet sei und benützt werde, sei als Wasserstraße nicht anders denn als ein Stück des Neckars anzusehen.

Die Legitimation der Neckarflößerschaft sei weder bezüglich des angefochtenen Rechts der Stadt Horb zum Abgabenbezug, noch bezüglich der Rückforderung der rechtswidrig erhobenen Abgaben zu beanstanden. Mit dem Ausdruck „Flößerschaft" werden schon seit Jahrhunderten diejenigen zusammengefaßt, welche verbundene Hölzer auf der Wasserstraße des Neckars versenden. Von jeher haben diese Flößer ihre gemeinsamen Aufgaben und Interessen gehabt und seien diese stets nicht durch sämmtliche Flößende, sondern durch aufgestellte Vertreter, Wasservögte, erfüllt und gewahrt worden. Die Bevollmächtigung der Wasservögte bezw. des R.-A. F. zu Führung des Rechtsstreits für die Neckarflößerschaft könne aber gar keinem Zweifel unterliegen, da nicht blos § 13 der Statuten von 1858 den Wasservögten die erforderlichen Befugnisse

einräume, sondern auch die Neckarflößerschaft wiederholt in ihren Versammlungen die Führung dieses Prozesses und die Bevollmächtigung der Wasservögte und des R.-A. F. beschlossen habe.

Das Materielle betreffend gehe aus den Floßverträgen unzweideutig hervor, daß die Stadt Horb im Jahre 1740 nicht mehr als 10 Zustellbretter für ihre 2 Mühlen und 2 Durchlaßbretter, zusammen 12 Bretter beansprucht und daneben das Recht auf 1 Brett für den Gaissteg sich vorbehalten sowie daß der Floßvertrag von 1740 die ersteren 12 Bretter sanktionirt habe. Von den 10 weiteren Kanalbrettern finde sich nirgends eine Andeutung, ebenso wenig von einem Vertrag der Stadt mit der Flößerschaft. Indem aber der gedachte Floßvertrag die letzte gesetzliche Regelung der Floßabgaben enthalte, sei zweifellos, daß der Stadt Horb seit 1740 nicht weiter als 12 Bretter, und zwar 10 Mühlgangzustellbretter und 2 Durchlaßbretter von jedem Floß zukommen und daß, wenn die Stadt beim Verkauf ihrer Mühlen am 16. Juli 1818 mit jeder Mühle auch die Zustellbretter, 1 Durchlaßbrett und 1 weiteres Brett veräußert habe, sie nicht blos alle ihr gebührenden Floßabgaben, sondern noch 2 weitere Bretter, welche ihr gar nicht zugestanden seien, veräußert habe. Die lange Dauer der Erhebung der Abgabe habe selbstverständlich nichts ändern können, da einem verbietenden Gesetz gegenüber hiedurch kein Recht begründet werden könne. Die hier allein in Betracht kommende 30-jährige Verjährung sei dadurch ausgeschlossen, daß die Klägerin für ihre Ersatzforderung das Jahr 1846 als Grenze bezeichnet habe.

Die von dem nunmehrigen Bevollmächtigten der Stadt Horb verfaßte Berufungsschrift bestritt gleichfalls die Legitimation der Klägerin, ebenso das Rückforderungsrecht. Hinsichtlich des letzteren wurde nun geltend gemacht: Auch durch die Floßverträge seien die streitigen Abgaben nicht aufgehoben worden, sie hätten der Aufhebung durch die Landesregierung bedurft, diese aber habe sie bestehen lassen. Bei allen Verhandlungen über die Floßabgabe seien die Regierung und die übrigen Interessenten davon ausgegangen, daß es sich nur darum handeln könne, ob die Abgabe als rezeßwidrig aufzuheben sei, und damit sei anerkannt, daß sie seither zu Recht bestanden, daß zu ihrer Beseitigung eine förmliche Aufhebung erforderlich sei und

dieselbe nur für die Zukunft, nicht für die Vergangenheit wirke. Diese Aufhebung sei aber erst durch das Reichsgesetz bezw. die Minist.-Verfügung vom 29. Februar 1872 eingetreten. Wäre die Auffassung der Klägerin richtig, so hätte die Flößerschaft jedenfalls wissentlich eine Nichtschuld bezahlt, was die condictio indebiti ausschließe. Ueberdieß sei letztere nur bis zum Betrage der Bereicherung der Beklagten zuläßig. Beklagte habe aber die Floßabgaben nicht eingezogen, sondern die Pächter, Beklagte hafte daher nur bis zum Betrag des Pachtgelds. Die von R.-A. F. abgegebene Vernehmlassung beantwortete die behauptete Verpachtung der Abgabe mit Nichtwissen und enthielt im Uebrigen früher Vorgetragenes. In der Replik benannte die Beklagte eine Reihe von Zeugen für die in der Berufungsschrift aufgestellten Behauptungen.

Es ergieng nun an R.-A. F. die Aufforderung, eine Vollmacht der in den Floßregistern aufgeführten, demselben namentlich bezeichneten (195) Flößer vorzulegen, welche die als rechtswidrig von ihm angefochtenen Abgaben an die Stadt Horb bezahlt haben. Die Zuläßigkeit dieser Auflage in II. Instanz wurde von der Beklagten unter Berufung auf Art. 17 und 26 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege von 1876 sowie auf die §§ 235, 240, 330, 708 der Reichscivilprozeßordnung bestritten.

R.-A. F. legte von beiläufig 112 der Betheiligten Vollmachten vor.

Nach Mittheilungen dieser Vorlagen und der Flößerlisten zur Einsicht hat die Beklagte in einem Schriftsatz vom $\frac{27.\ \text{Juni}}{1.\ \text{Juli}}$ 1881 eventuell

1) dem Nachweis darüber entgegenzusehen erklärt, daß die als Mitglieder der Neckarflößerschaft bezeichneten Personen wirklich diese Eigenschaft haben bezw. gehabt haben, auch die öffentliche Beglaubigung der Unterschriften der angeblichen Flößer auf den vorgelegten Vollmachten verlangt,

2) ausgestellt, daß bezüglich der auf einzelnen Vollmachten unterzeichneten angeblichen Rechtsnachfolgern von Flößern die die Sukzession begründenden Thatsachen (Tod des Rechtsvorgängers, Delation und Antritt der Erbschaft) nicht erwiesen seien, und die Vorlegnng der maßgebenden Urkunden gefordert,

3) bezüglich der mehrfach in zweiter Instanz als Kläger aufgetretenen Minderjährigen die Vorlegung der nöthigen Urkunden darüber verlangt, daß die angeblichen Vormünder derselben ordnungsmäßig bestellt und zur Prozeßführung von der Vormundschaftsbehörde legitimirt worden seien,

4) geltend gemacht: die als Kläger aufgetretenen angeblichen Flößer bezw. Nachfolger derselben haben keinerlei substanziirte Behauptungen in der Richtung aufgestellt, daß in Folge entschuldbaren Irrthums Geldbeträge aus ihrem Vermögen ohne Grund in das der Beklagten übergegangen seien, die betreffenden Klaganträge seien daher auch materiell nicht begründet. Ueberdieß seien nach Inhalt der Flößerlisten die Floßgebühren regelmäßig nicht von den Flößern, den Eigenthümern der Flöße, sondern von den mit den Flößern nicht identischen Floßführern bezahlt worden; daß aber letztere die Floßgebühren aus dem Vermögen der Floßeigenthümer bezahlt haben, werde bestritten und behauptet, daß vielfach zwischen Beiden Verhältnisse bestanden haben, wonach die Floßführer zu Deckung ihrer Auslagen und insbesondere auch zu Zahlung der Floßgebühren Bauschsummen erhalten haben, so daß eventuell nicht die Flößer, sondern die Floßführer beschädigt und daher klagberechtigt wären. Jedenfalls hätten die Kläger zu beweisen, daß und welche Beträge ihrem Vermögen grundlos entzogen worden seien.

Bei der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof wurde von Beklagter Seite darauf bestanden, daß in gegenwärtigem Verfahren auch darüber zu entscheiden sei, wer Kläger und wer Beklagte seien, im Liquidationsverfahren nur darüber, was eventuell Jeder zu bezahlen habe. Hinsichtlich einzelner Rückforderungsansprüche wurde zugleich die Einrede der Verjährung vorgebracht.

Der Verwaltungs-Gerichtshof sprach unter theilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils und unter Verfällung der Beklagten in sämmtliche Kosten und Sporteln aus:

Die Beklagte, Berufungsklägerin ist im Allgemeinen schuldig, der Klägerin, Berufungsbeklagten für diejenigen Flößer, welche sich theils dem Rechtsstreit angeschlossen, theils auf den dießfallsigen

Anspruch zu Gunsten der Klägerin Berufungsbeklagten verzichtet haben, die seit dem Jahr 1846 bis 1. März 1871 erhobenen Abgaben für das Befahren des Mühlkanals in Horb mit ihren Flößen von je 8 Brettern, beziehungsweise ihres Geldwerths und der sog. Uebermeßgebühr für den einzelnen Floß zurückzuerstatten; mit dem weiter gehenden Anspruch wird die Klägerin abgewiesen. Die Feststellung der Berechtigung der einzelnen Personen zu diesen Forderungen und ihres Betrags bleibt besonderem Verfahren vorbehalten. Die Beklagte, Berufungsklägerin hat die aufgewendeten Kosten beider Parteien und die Gerichtssportel beider Instanzen, welche für diese Instanz einschließlich des Zuschlags auf 300 M. festgesetzt wird, zu bezahlen.

Gründe. 1) Die Beklagte, Berufungsklägerin hat mit Recht die Befugniß des Vereins der Neckarflößer bestritten, die einzelnen Neckarflößer in diesem Rechtsstreite zu vertreten, welche seit dem Jahr 1846 den Neckar mit Flößen befahren haben und demgemäß von der Stadt Horb zur Entrichtung der von derselben beanspruchten Gebühren angehalten worden sind. Wenn der vorige Richter dem gedachten Verein, dessen Vertreter den Rechtsstreit geführt haben, diese Befugniß deßhalb zuerkannt hat, weil schon früher, jedenfalls seit dem 16. Jahrhundert, Verhandlungen und Rechtsstreite zwischen der Flößerschaft des Neckars und einzelnen Betheiligten unter Vertretung der ersteren durch einen Ausschuß gepflogen und entschieden worden sind, und daraus sich ergebe, daß die Flößerschaft von jeher einen Verein zur Verfolgung gemeinsamer Interessen gebildet habe, so ist dieß für das Recht des derzeit bestehenden Vereins der Neckarflößerschaft, die Rückbezahlung der den einzelnen Flößern abgeforderten Abgaben von der Beklagten zu fordern, nicht entscheidend. Darüber, in welcher Weise und mit welchen Rechten der damalige Ausschuß der Flößerschaft gebildet und mit welchen Vollmachten derselbe ausgestattet war, ist den vorliegenden Akten Näheres nicht zu entnehmen; welche Bewandtniß es aber hiemit gehabt haben möge, so ist klar, daß für die Berechtigung des jetzigen Vereins der Flößerschaft nicht die damalige Organisation des früheren Vereins, sondern nur die für den jetzigen Verein geltenden Bestimmungen maßgebend sein können. Nach dem für diesen Verein in Geltung befindlichen Entwurf eines

Statuts ist aber außer Zweifel, daß dasselbe dem Verein und den von ihm gewählten Organen — den Wasservögten — die Befugniß zuerkennt, den Verein im Allgemeinen nach Außen, besonders bei allen Justiz-, Polizei- und Administrativbehörden Württembergs und des Auslands in Vereinsangelegenheiten, in Sachen des Flößereibetriebs, namentlich aber gegen Solche zu vertreten, welche denselben durch unbefugte Anmaßung von Rechten und deren Geltendmachung zu hemmen suchen, und das Protokoll über die Vereinsversammlung vom 14. März 1864 besagt: „Endlich kommen die Prellereien, welchen die Flößer durch Abnahme von Floßabgaben, welche sie nicht schulden, in Horb unterliegen, zur Sprache, und wird beschlossen, wegen jeder Ueberforderung von zum Floßbretterbezug Berechtigten in Horb sowie wegen jeder Forderung von Floßbretterabgaben durch Nichtberechtigte, welche seither erfolgt ist und künftig erfolgen wird, gerichtliche Klage zu erheben und mit ihrer Vertretung in dem dießfallsigen Rechtsstreit den Rechtskonsulenten F. in Freudenstadt zu beauftragen. Für ihre dießfallsige Vertretung ertheilen die Anwesenden dem F. alle diejenigen Befugnisse, welche in dem Formular des K. Obertribunals in Stuttgart für besondere Rechtssachen vorgeschrieben sind.“ Und die Versammlung vom 21. März 1876 beschloß, den § 13 des Statutenentwurfs dahin abzuändern: „Für den Fall von Rechtsstreiten erhalten die Wasservögte alle diejenigen Befugnisse, welche Art. 120 und 121 der Zivilprozeßordnung beschrieben sind, auch werden dieselben als Zustellungsbevollmächtigte im Sinn des Art. 230 der Zivilprozeßordnung ernannt“.

2) Durch diese Bestimmungen konnten die Organe des Vereins der Neckarflößer beziehungsweise der Rechtsanwalt F. sich zwar für befugt erachten, Namens desselben in einem Streit über das Bestehen des Rechts zu einer Abgabe Klage zu erheben, nicht aber folgte daraus das Recht, die einzelnen durch die als rechtswidrig bezeichnete Erhebung der betreffenden Abgabe vernachtheiligten Flößer in der Rückforderung der betreffenden Abgaben zu vertreten, da es sich hiebei nicht um eine Vereinssache, sondern um ein Forderungs-Recht desjenigen gegen die Beklagte handelte, welcher diese Abgabe an die Beklagte bezahlt hatte. Mußte demgemäß die Beanstandung der Legitimation der Klägerin durch die Beklagte

den erhobenen Anspruch, wie die Beklagte beantragt hat, deßhalb zurückzuweisen, weil in der Ergänzung der Legitimation der Klägerin, wie sie auf diesseitige Anordnung erfolgt ist, eine unzulässige Klage-Aenderung liegen würde. Wie die verhandelten Akten nämlich außer Zweifel stellen, hat die Klägerin die Forderung auf Rückersatz nicht für den Verein als solchen, sondern für die einzelnen Flößer geltend gemacht, welche die Abgabe an die Stadt bezahlt haben. Sie hat die Bitte unterm 20. Januar 1869 gestellt, zu entscheiden, daß die Stadt das seither unberechtigt Bezogene den Neckarflößern wieder zu erstatten habe, und sie hat diese gleiche Bitte mehrfach wiederholt, und auf die schon in I. Instanz erfolgte Beanstandung ihrer Sachlegitimation sich bereit erklärt, falls das Gericht dieß für erforderlich halte, Vollmachten der einzelnen betheiligten Flößer beizubringen.

In derselben Weise hat auch der Richter I. Instanz die Beklagte nicht für schuldig erkannt, die betreffenden Gebühren an die Klägerin, sondern an die betheiligten Flößer zu erstatten und seine Entscheidungsgründe lassen nicht bezweifeln, daß er dabei von der Ansicht ausgieng, daß die Klägerin lediglich in Vertretung der betheiligten Flößer, welchen die Liquidation ihrer Ansprüche vorbehalten wurde, gehandelt habe. Bei der Erfüllung der gegebenen Auflage stand daher nicht eine Aenderung in der Person der Parteien, sondern nur die Herstellung der richtigen Vertretung derselben Partei in Frage.

3) Ziffer 3 der Entscheidungs-Gründe konstatirt, daß beiläufig 112 der Betheiligten sich für die Verfolgung des von der Klägerin in ihrem Namen geltend gemachten Anspruchs gegen die Stadt Horb erklärt haben und fährt dann fort:

Als selbstverständliche Folge dieser Verhandlungen ist anzusehen, daß das in dieser Streitsache ergehende Urtheil nur für diejenigen Flößer beziehungsweise ihre Erben wirksam ist, welche ihre Betheiligung an dem Rechtsstreit, sei es für sie selbst, sei es für die Neckarflößerschaft, erklärt haben. Ein näheres Eingehen auf die Legitimation im Einzelnen kann hiebei im Anstand bleiben, bis es sich um das Eingehen auf die von den Betheiligten geltend zu machenden Ansprüche handelt, weil im Einverständniß mit den Parteien der vorige Richter diese Liquidation vorbehalten hat,

wobei in Ermangelung jedes Eingehens auf die einzelnen Personen nicht zweifelhaft ist, daß sich dieser Vorbehalt auch auf die Feststellung der Berechtigung der einzelnen Personen zu der Forderung selbst und ihres Betrags erstreckt und hiernach auch in dieser Instanz nur über die Ersatzpflicht im Allgemeinen zu entscheiden ist.

4) In ihrer Erklärung vom 27. v. und 1. d. M. hat nun die Beklagte, Berufungsklägerin eine Anzahl allgemeiner Einwendungen gegen die Legitimation derjenigen Personen vorgebracht, welche sich durch die Ausstellung einer Vollmacht oder Erklärung für die Weiterführung des Rechtsstreits entweder für sich oder für die Neckarflößerschaft ausgesprochen haben. Zunächst sieht sie dem Nachweis entgegen, ob diese Personen wirklich die Eigenschaft als Mitglieder der Neckarflößerschaft hatten. Soweit damit im Allgemeinen Einwendungen gegen die Identität der in den Floßlisten aufgeführten Personen, welche die Gebühren bezahlt haben, mit denjenigen Personen, welche die Vollmachten oder Erklärungen unterzeichnet haben, erhoben werden wollten, ist daran zu erinnern, daß die Vollmachten auf Grund der in der Flößerliste enthaltenen von hier aus verzeichneten Namen unter Mitwirkung der Ortsvorsteher der betreffenden Orte ausgestellt worden sind, weshalb ein Grund zur Beanstandung dieser Identität im Allgemeinen nicht vorliegt, unbeschadet der der Beklagten für das Liquidationsverfahren vorzubehaltenden etwaigen Einwendungen gegen diese Identität im einzelnen Fall. Soweit aber damit die Theilnahme solcher Personen an dem Rechtsstreit sollte angefochten werden wollen, welche etwa nicht Mitglieder des Vereins der Neckarflößer sein sollten, ist darauf hinzuweisen, daß die Ersatzklage schon in erster Instanz von Seite des Klägers nicht auf diese Mitglieder beschränkt, sondern für alle Flößer, die den Neckar befahren haben, angestellt worden ist.

Die weitere Einwendung wegen der Beglaubigung der Unterschriften in den Vollmachten kann, da der überwiegend größte Theil der Unterschriften amtlich theils von den Ortsvorstehern, theils von Notaren beglaubigt ist, in ihrer Allgemeinheit hier, wo es sich nur um die Legitimation im Allgemeinen handelt, ebensowenig Berücksichtigung finden und muß der Beklagten überlassen bleiben, dieselbe, soweit sie zutrifft, bei der Liquidation im Einzelnen wieder

aufzunehmen. Auch die allgemein gehaltenen Einwendungen können nicht berücksichtigt werden, welche die Beklagte gegen die aus den Theilungsakten entnommenen Beurkundungen der Erbfolge erhoben hat. Da der Ortsvorsteher Vorstand der Theilungsbehörde ist, so ist er zur Ausstellung dieser Urkunden berechtigt, und für den Nachweis der Erbfolge im Allgemeinen genügt die Thatsache, daß die betreffenden Personen bei der Theilung als Erben behandelt worden sind. Welche Personen als minderjährig ohne ihren Pfleger in dem Prozesse sich bei der Vollmacht betheiligt hätten, hätte die Beklagte näher zu bezeichnen gehabt, die Nachholung der allerdings erforderlichen Genehmigung des Waisengerichts zur Theilnahme an dem Rechtsstreit kann aber dem Liquidationsverfahren vorbehalten bleiben, ohne die Legitimation im Allgemeinen bei der nicht großen Zahl von Pfleglingen zu beeinträchtigen.

Eine so weit gehende Nachweisung, wie sie die Beklagte für die einzelnen Flößer in Punkt 4 ihrer Erklärung beantragt, kann für die Legitimation im Allgemeinen nicht als geboten erachtet werden. Nach den Floßlisten sind diejenigen Personen, welche dort eingetragen sind, als diejenigen anzusehen, welche die Gebühren bezahlt haben, und die Akten liefern den Beleg, daß Abweichungen in dieser Richtung von den Betheiligten selbst zur Sprache gebracht wurden, ohne daß hieraus etwas gegen die Richtigkeit der Annahme, daß die in die Floßlisten eingetragenen Personen die nächstberechtigten Rückforderungsberechtigten seien, gefolgert werden könnte.

Ebenso war die in dieser Instanz bei der mündlichen Verhandlung eventuell für einzelne Fälle vorgeschützte Einrede der Verjährung dem besonderen Verfahren vorzubehalten.

5) Die Ersatzpflicht der Beklagten war aber mit dem Richter voriger Instanz für begründet zu erkennen. Aus den verhandelten Akten ergibt sich zwar, daß die Beklagte schon im Anfang des vorigen Jahrhunderts die jetzt streitige Abgabe von 8 Brettern von jedem den Mühlkanal passirenden Floß deßhalb beansprucht hat, weil dieser Kanal, im Eigenthum der Stadt befindlich, auf ihre Kosten hergestellt und unterhalten werde, ebenso jedoch auch, daß die Flößer das Recht zur Erhebung dieser Abgabe bestritten,

und der von der Beklagten ursprünglich behauptete Vertrag von 1698 über ein angeblich mit den Flößern getroffenes, ihre dießfallsige Verpflichtung anerkennendes Uebereinkommen konnte von der Beklagten nicht nachgewiesen werden. Die Verhandlungen über den Floßrezeß von 1740 aber legen dar, und es ist das auch von dem vorigen Richter in seinen Entscheidungsgründen des näheren nachgewiesen worden, daß damals von Seite der Stadt Horb ein Recht auf diesen Bezug nicht geltend gemacht und noch viel weniger nachgewiesen wurde, obgleich hierzu die Stadt bei den damaligen Umständen alle Veranlassung gehabt hätte, falls sie ein solches Recht behaupten wollte, während in dem Floßrezeß von 1740 der Stadt ein Recht auf weitere Abgaben als die ihr daselbst zugesprochenen aberkannt wurde.

Die Beklagte hat hiegegen ohne Grund sich auf die privatrechtliche Natur der von ihr beanspruchten Abgabe und der Erwerbung des Rechts zu derselben durch Verjährung berufen. Von einer privatrechtlichen Natur dieser Abgabe kann keine Rede sein. Mag die Beklagte auch, wie sie behauptet, Eigenthümerin des Betts des Mühlkanals sein, so erstreckt sich dieses ihr Eigenthumsrecht nicht auf das durch dasselbe fließende, dem Neckarfluß entnommene und wieder in denselben einfließende Wasser. Die Belegung des Gebrauchs des letzteren mit einer Abgabe ist daher nur mit Genehmigung der öffentlichen Gewalt möglich, deren Handhabung bis zum Anfang dieses Jahrhunderts den s. g. drei Wasserherrschaften Oesterreich, Württemberg und Eßlingen zustand, die denn auch unbeanstandet über die in demselben Kanal zur Erhebung kommenden Abgaben von Durchlaß- und Zustellbrettern kognoszirt und die Erhebung anderer Abgaben abgestellt und verboten haben. Ist demgemäß eine solche Abgabe nur als eine öffentliche möglich, so wäre zu ihrer Erwerbung die s. g. unvordenkliche Zeit erforderlich, welche in Ermanglung des genügenden Nachweises des Gegentheils die rechtliche Vermuthung der gesetzmäßigen Erwerbung des Rechts begründet. Die Verhandlungen über den Floßrezeß von 1740, insbesondere der Umstand, daß der Magistrat von Horb im Jahr 1740 diese Abgabe nicht einmal geltend gemacht, beziehungsweise um die Ertheilung der Ermächtigung zu ihrer Erhebung nachgesucht hat, legen jedoch

klar, daß eine solche Ermächtigung nicht ertheilt worden ist, womit die Erwerbung dieses Rechts durch die unvordenkliche Zeit von vorneherein ausgeschlossen ist, weshalb die Vernehmung der von der Beklagten für die Ausübung ihres Rechts und die Verhältnisse des Mühlkanals benannten Zeugen überflüssig ist.

6) Für die Entscheidung des Streits kann auch demjenigen kein erhebliches Gewicht beigelegt werden, was die Beklagte über den Charakter der von der Konferenz der drei Wasserherrschaften gefaßten Beschlüsse und ihre unmittelbare Anwendbarkeit ohne vorherige Verkündigung durch die eigene Landesregierung geltend zu machen versucht hat. Neben dem, daß aus den seit dem Jahr 1830 gepflogenen Untersuchungen durch die für die Regelung des Floßwesens auf dem Neckar und seinen Nebenbächen niedergesetzte Kommission und die an dieselben sich knüpfenden Entscheidungen über die einzelnen Fälle rechtswidrig beanspruchter und erhobener Abgaben hervorgeht, daß die Bestimmungen des Floßrezesses von 1740 stets als unmittelbar verbindlich und anwendbar behandelt und angesehen worden sind, bedurfte es in dem vorliegenden Fall nicht einer Handlung von Seite der österreichischen Regierung gegenüber der Stadt Horb, sondern es hätte im Gegentheil die Stadt Horb an die Konferenz der drei Wasserherrschaften die Bitte um Ertheilung der Ermächtigung zur Erhebung der fraglichen Abgabe zu richten gehabt, was in den vorliegenden Eingaben und Erklärungen des Magistrats der Stadt Horb nicht geschehen ist. Klar ist sodann, daß die der Regierung des Schwarzwaldkreises zur Last fallende Versäumniß der Abstellung dieser Abgabe auf den Vorbericht der Kommission vom $\frac{31.\ \text{März}}{5.\ \text{April}}$ 1831 keine Ermächtigung zur Forterhebung der fraglichen Abgabe geben, sondern höchstens der Stadt Veranlassung bieten konnte, ihre Berechtigung zur Erhebung derselben, für welche sie in ihren damals abgegebenen Erklärungen eine nichts beweisende Darlegung gegeben hat, genauer zu prüfen. Ebensowenig folgt etwas für das Recht der Beklagten Beweisendes daraus, daß in dem Prämiß der Flößerlisten eine nach dem Dargelegten nicht Platz greifende Darstellung des Rechts der

Beklagten enthalten ist und daß diese Listen den Flößern zur Einsicht offen gestanden sind.

7) Erscheint hiernach die Berechtigung der Beklagten zur Erhebung der von ihr beanspruchten 8 Bretter nicht als begründet, so ist sie schuldig, das, was sie von den Flößern sowohl für diese 8 Bretter, als anschließend an dieses Recht als sog. Uebermeßgebühr bezogen hat, denselben wieder zu erstatten und zwar begreift ihre Verbindlichkeit den vollen Betrag des durch sie von den Flößern Bezogenen, nicht bloß denjenigen Betrag in sich, der in Folge der Verpachtung dieses Gefälls oder wegen sonstiger Abzüge, wie Einzugsgebühren und dergl., in ihre Kasse gelangte. Die Grundsätze der condictio indebiti, wie sie für ein zwischen Gleichberechtigten bestehendes Rechtsverhältniß gelten, auf welche die Beklagte sich für diese von ihr erhobene Einwendung berufen hat, können bei der Verschiedenheit des Verhältnisses, in welchem ein Abgabepflichtiger zu der den Einzug einer Abgabe beanspruchenden öffentlichen Behörde steht, schon an sich auf den vorliegenden Fall nicht ohne Weiteres Anwendung finden; ihre Anwendung ist aber hier auch noch weiter dadurch ausgeschlossen, daß bei der mangelhaften Begründung ihres Rechts zu dieser Abgabe alle Umstände dafür sprechen, daß die Beklagte sich bewußt war, daß ihr ein Recht zur Erhebung dieser Abgabe nicht zustehe. Was aber von der Hauptabgabe gilt, muß auch von der sg. Uebermeßgebühr gelten, deren Begründung in dem Vorbericht der Floßregister nicht bezweifeln läßt, daß es sich dabei nur um eine willkürliche und damit unberechtigte Steigerung der Abgabe von Seite der Beklagten handelte, da die Art. 15 und 16 des Floßvertrags von 1740 für die Uebertretung der polizeilichen Vorschriften der Länge und Breite des Floßes öffentliche Strafen bestimmen, nicht aber dem etwa zum Bezug von Brettern Berechtigten das Recht zuerkennen, die Uebertreter auch noch mit höherer Abgabe zu belegen.

8) Nachdem in Folge des deutschen Reichsgesetzes vom 1. Juni 1870 über die Abgaben von der Flößerei das Recht der Beklagten zur Erhebung der im Streit befangenen Abgabe jedenfalls vom 1. März 1871 an (Kais. Verordn. vom

19. Febr. 1871) beseitigt ist, kann ein Ausspruch über die Existenz dieses Rechts der Klägerin gegenüber nicht mehr Statt finden, die Verhandlung und Entscheidung hierüber ist bei der durch dieses Gesetz geschaffenen rechtlichen Lage jetzt nur zwischen der Stadt Horb und derjenigen Behörde möglich, welche im Fall des Bestehens dieses Rechts für die Leistung einer etwa der Beklagten zukommenden Ablösungssumme aufzukommen hätte. Für die Klägerin hat, so, wie die Sache jetzt liegt, nur der Ersatz der von den Flößern widerrechtlich erhobenen Abgaben rechtliche wie praktische Bedeutung. Das diesseitige Urtheil hatte sich daher auf den Ausspruch über diesen Ersatz an diejenigen Flößer zu beschränken, welche sich der Verfolgung dieses Anspruchs für sich angeschlossen oder ihre dießfallsigen Ansprüche entweder an die Klägerin oder an andere Theilnehmer an dem Rechtsstreit abgetreten haben.

9) Bei dem hiernach begründeten Unterliegen der Beklagten in der Hauptsache mußte im Kostenpunkt so, wie geschehen, entschieden werden.

14) Antrag auf eine zweite Schätzung in einer Weiderechtsablösungssache. Art. 68 des Weideablösungsgesetzes vom 26. März 1873 ist nicht dahin zu verstehen, daß die Notizen über die für die Berechnung des Jahreswerths des abzulösenden Weiderechts erheblichen thatsächlichen Verhältnisse ausschließlich von dem Weideberechtigten zu liefern seien.

Urtheil vom 13. Juni 1883.

Gemeinde Jndelhausen, OA. Münsingen, Klägerin, Berufungsbeklagte, gegen Freiherr Carl von Speth-Schülzburg in Granheim, Beklagten, Berufungskläger.

Der Freiherrlich von Speth-Schülzburg'schen Gutsherrschaft steht als Besitzerin des Schloßguts Maisenburg, welches innerhalb des Gemeindebezirks Jndelhausen eine eigene Markung bildet, das Schafübertriebsrecht auf bestimmten an die Markung Maisenburg angrenzenden Distrikten der Markungen Jndelhausen,

Anhausen und Hayingen, außerdem das Recht zum Bezug des Weidegelds für 25 Stück Schafe von der zu 500 Stück Schafen berechneten Gemeindeschafweide auf der Markung Indelhausen zu. Die Gemeinde Indelhausen hatte dagegen das Weiderecht auf der gesammten Ortsmarkung mit Ausnahme des dem gutsherrlichen Uebertriebsrecht unterliegenden Theils derselben und ein Uebertriebsrecht auf einem anstoßenden Distrikt der Markung Hayingen auszuüben. In Folge des Gesetzes vom 26. März 1873 wurde von den Gemeindekollegien von Indelhausen unterm 6. September 1873 das der Freiherrlich von Speth'schen Gutsherrschaft zustehende Schafübertriebsrecht bei dem Oberamt Münsingen zur Ablösung angemeldet, und ebenso meldete ihrerseits die Gutsherrschaft das Recht auf den Bezug des Weidegelds für 25 Stück Schafe von der Indelhauser Gemeindeschafweide sowie die gutsherrlichen Schafübertriebsrechte auf den Privatgütern der Markung Maisenburg und auf Theilen der Markung Anhausen und Hayingen im Januar 1874 zur Ablösung an.

Anlangend das in der vorliegenden Streitsache allein in Betracht kommende gutsherrliche Schafübertriebsrecht, so wurde das freiherrliche Rentamt durch oberamtlichen Erlaß vom 15. November 1873 aufgefordert, binnen 60 Tagen die in Art. 68 Ziffer 1—5 des Gesetzes bezeichneten Nachweise zu übergeben. Nach einer vorläufigen Anzeige, daß das gutsherrliche Uebertriebsrecht auf der Markung Indelhausen mit der Domäne Maisenburg von 1825 bis 1871 an die Gemeinde Indelhausen verpachtet gewesen, daher von dieser die Notizen über seinen bisherigen Ertrag geliefert werden müssen, übergab das Rentamt am 7. bis 15. Januar 1874 die in seinem Besitze befindlichen Notizen, darunter eine Darstellung des der Gutsherrschaft auf den Markungen Indelhausen, Anhausen, Hayingen und Maisenburg zustehenden Weiderechts, ein rentamtliches und schultheißenamtliches Verzeichniß des Flächengehalts der von dem Uebertriebsrecht berührten Parzellen der Indelhauser Markung (beide Verzeichnisse differirten um etwa $^6/_8$ Morgen), eine auf die Pachtakten der Gemeinde gegründete schultheißenamtliche Zusammenstellung des Erlöses von Schafweide- und Pförchgeld von der Markung Maisenburg nebst Uebertriebsrecht auf den Markungen Indel-

hausen, Anhausen und Hayingen von den Jahren 1856—70 sowie, da seit Lichtmeß 1871 das Weide- und Pförchrecht im Gesammtpachte mit dem Schloßgut Maisenburg an den Gutspächter verpachtet war, einen von dem Rentamt für die Jahre 1871—73 beigefügten Nachtrag und eine rentamtliche Berechnung des 18jährigen Durchschnittsertrags der Gesammtweidefläche. Von dem Gemeinderathe Indelhausen wurden jedoch verschiedene Anstände erhoben, und da er sich weigerte, auf die Ablösung sich einzulassen, so erhob die Gutsherrschaft gegen die Gemeinde verwaltungsgerichtliche Klage bei der Kreisregierung des Donaukreises, welche die Gemeinde am 22. Februar 1878 für schuldig erkannte, die Ablösbarkeit der der Gutsherrschaft zustehenden Weiderechte auf Indelhauser Markung anzuerkennen. Das Oberamt leitete sofort das Schätzungsverfahren ein und nachdem von den Betheiligten 3 Schätzer gewählt worden waren, wurden durch oberamtlichen Erlaß vom 19. August auch die nöthigen Notizen über die Anbauverhältnisse der Weidefläche mit dem Anfügen eingefordert, daß dieselben für das dem gutsherrlichen Uebertriebsrechte unterliegende Areal von dem Gemeinderathe Indelhausen zu geben seien. Der Gemeinderath Indelhausen erstattete auf dies zwei Berichte vom 28. August 1879, wovon der eine das der Gemeinde auf ihrer Markung zustehende Weiderecht und Uebertriebsrecht auf einem Theil der Markung Hayingen, der andere Bericht das 138 Morgen umfassende Uebertriebsrecht der Gutsherrschaft auf einem Theil der Indelhauser Markung betraf. In letzterem Berichte sind als unter das gutsherrliche Uebertriebsrecht fallend angegeben: Aecker 60 Morgen, Wechselfelder 74 Morgen, Oedungen 4 Morgen, zusammen 138 Morgen. Am 11. September 1879 erklärte sich der Gemeinderath Indelhausen mit der in dem oberamtlichen Erlaß vom 19. August 1879 aufgestellten Schätzerinstruktion einverstanden. Abweichend von der gemeinderäthlichen Darstellung, aber ohne sich über die Differenz zu äußern, gab das Rentamt in einem Schreiben vom 30. September 1879 die dem Uebertriebsrechte unterliegende Fläche auf Indelhauser Markung zu 121 Morgen Aecker und 18 Morgen Oedungen an. Am 21. Oktober 1879 fand in Indelhausen in Gegenwart des

Oberamtmanns die Schätzungsverhandlung statt. Ein Protokoll hierüber wurde nicht aufgenommen. Am 20. Mai 1880 kam das auf Grund der gemeinderäthlichen Darstellung unter Annahme einer Grundfläche von 60 Morgen Aecker, 74 Morgen Wechselfelder und 4 Morgen Oedungen erstattete Gutachten der Schätzer vom März 1880 beim Oberamt ein, welches durch Erlaß vom 14. Juni 1880 Abschriften der Schätzungsurkunde dem freiherrlichen Rentamte und den Gemeinderäthen der betheiligten Orte unter Hinweisung auf Art. 72 des Gesetzes und § 26 der Vollziehungsinstruktion mit dem Anfügen zustellte, daß ein etwaiger Antrag auf Vervollständigung der Schätzung binnen der unerstrecklichen Frist von 30 Tagen vom Tage der Zustellung an beim Oberamt zu stellen und zu begründen wäre. Das Rentamt erkannte die von den Schätzern aufgestellte Berechnung des Ablösungskapitals an. Der Gemeinderath Indelhausen dagegen erklärte in seiner rechtzeitig eingekommenen Aeußerung vom 29. Juni 1880, daß er diese Abschätzung durchaus nicht anerkennen könne, da solche auf Irrthum beruhe, nachdem die Zahl der Wechselfelder auf 74 Morgen angenommen worden sei, während sie höchstens 15—18 Morgen betrage, wodurch das Ablösungskapital in 20-fachem Betrag auch zu hoch berechnet sei. Am Schlusse ist dann gesagt: „Wir geben nun die Akten zur Revision des Schätzungsverfahrens zurück und stellen die Bitte, das K. Oberamt wolle uns in allen weiteren Verhandlungen hochgefälligst vertreten". Seinen früheren Irrthum hinsichtlich der Morgenzahl der Wechselfelder suchte der Gemeinderath damit zu erklären, daß er die Morgenzahl aus dem Primärkataster genommen habe, daß aber die Güter jetzt nicht mehr so, wie zur Zeit der Anlegung der Kataster im Jahre 1822, bebaut werden und wiederholte, auf die Protestation des Rentamts gegen einen nochmaligen Augenschein, in einer Aeußerung vom 6. November 1880 die Bitte um Vornahme eines solchen und um nochmalige Einschätzung. Das Oberamt legte die Akten der Kreisregierung vor mit dem Bemerken, daß nach dem Primärkataster nur 26$^{6}/_{8}$ Morgen 17,2 Ruthen Wechselfelder auf der Weidefläche sich befinden. Die Unterlassung der Aufnahme eines Protokolls über die Verhandlung vom 21. Oktober 1879 er-

klärte der Oberamtmann damit, daß bei Begehung der Markung durch die Schätzungskommission die Angabe der Zahl der Wechselfelder zu 74 Morgen von keiner Seite beanstandet worden sei. Am 22. April 1881 verfügte die Kreisregierung in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsbehörde eine zweite Schätzung zum Zweck der Ermittlung des wirklichen Umfangs der Wechselfelder. Diese Verfügung wurde auf Beschwerde der Gutsherrschaft von dem Ministerium des Innern als außerhalb der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden gelegen außer Wirkung gesetzt. Nach Eröffnung dieser Entschließung beharrte der Gemeinderath Indelhausen auf dem Verlangen eines Augenscheins, indem er den Irrthum der Morgenzahl der Wechselfelder nunmehr damit erklärte, daß von der ganzen Markung Indelhausen theilweise Wechselfelder aufgenommen worden seien, anstatt bloß vom Uebertriebsrecht, und bei einem zwischen den Parteien angestellten Sühneversuch erklärte der Vertreter der Gemeinde sogar, es seien die Wechselfelder auf den beiden Markungen Maisenburg und Indelhausen zusammengerechnet worden und dieß habe den Irrthum veranlaßt.

Am 18. September 1882 lief bei der Kreisregierung in Ulm eine von dem Bevollmächtigten des Gemeinderaths Indelhausen erhobene verwaltungsrichterliche Klage ein auf Einleitung einer zweiten Schätzung behufs Feststellung der Ablösungssumme des der freiherrlichen Gutsherrschaft gegen die Gemeinde zustehenden Schafübertriebrechts, da, wie auch der Irrthum in der Morgenzahl der Wechselfelder entstanden sein möge, nach Art. 49 Abs. 2 des Weidegesetzes für die Ermittlung der Entschädigung einzig und allein der thatsächliche Durchschnittsertrag der der Ablösung vorangegangenen 18 Jahre maßgebend, somit eine Schätzung, welche nicht auf dieser Grundlage fuße, unrichtig und unhaltbar sei.

Der Vertreter der Gutsherrschaft ließ sich Namens derselben dahin vernehmen: Schon formell sei die Klage unstatthaft, denn der Gemeinderath habe innerhalb der Frist des Art. 72 des Weidegesetzes nur auf Revision des Schätzergutachtens angetragen, nicht aber eine zweite Schätzung verlangt, die gedachte Frist sei mithin versäumt. Auch materiell sei die Klage nicht

begründet. Die Gemeindebehörde Indelhausen habe die Zahl der in Betracht kommenden Wechselfelder selbst auf 74 Morgen angegeben und es sei dieß Seitens der freiherrlichen Gutsherrschaft, welche keine eigene Kenntniß hierüber gehabt habe, anerkannt worden. Die Erklärung der Gemeindebehörde sei ein Geständniß im Sinne des Art. 397 der für das Verfahren in Weideablösungssachen analog anzuwendenden württembergischen Civilprozeßordnung und ein solches Geständniß könne nach Art. 400 derselben nur im Falle eines thatsächlichen entschuldbaren Irrthums und nur im Wege der Restitution gemäß Art. 291 widerrufen werden. Ein entschuldbarer Irrthum liege aber hier nicht vor. Es sei somit die Frage, ob die betreffende Weidefläche wirklich 74 Morgen Wechselfelder enthalte, durch die Erklärungen und Vereinbarung der Betheiligten bejaht und werde um kostenfällige Abweisung der Klage gebeten. Bei der öffentlich mündlichen Verhandlung vor der Kreisregierung wurde beklagter Seits eventuell beantragt, dem Erkenntnisse auf eine neue Schätzung vorgängig den Irrthum der Klägerin über die Zahl der Wechselfelder durch Vernehmung von Zeugen, welche über den Wechsel und Einbau der in Frage stehenden Felder Näheres anzugeben wissen, zu konstatiren.

Kläger bestritt, daß die Frist des Art. 72 des Gesetzes versäumt sei — denn thatsächlich sei eine zweite Schätzung verlangt worden —, ferner daß eine Einigung über die der Schätzung zu Grund zu legende Zahl der Wechselfelder stattgefunden habe, endlich daß die württembergische Civilprozeßordnung auf das Schätzungsverfahren Anwendung finde.

Durch Urtheil vom 1. Februar 1883 gab die Kreisregierung dem Antrag auf eine zweite Schätzung statt. Die Gründe gingen im Wesentlichen dahin:

1) Die Erklärung des Gemeinderaths Indelhausen vom 29. Juni 1880 sei als ein Antrag auf eine zweite Schätzung im Sinne des Art. 72 des Weideablösungsgesetzes aufzufassen und erscheine mit derselben auch die gesetzliche Frist als gewahrt.
2) Für die Schätzung des Weiderechts seien nach Art. 49 Abs. 2 des Gesetzes die thatsächlichen Verhältnisse der der

Ablösung vorangegangenen 18 Jahre maßgebend. Hiezu gehören aber auch genaue Notizen über den Umfang und die Anbauverhältnisse der dem abzulösenden Weiderechte unterliegenden Grundstücke, da hievon der Ertrag der Weide wesentlich abhänge, und solche Notizen zu liefern, sei Sache des weideberechtigten Beklagten gewesen, welcher jedoch auf die Mittheilung sich beschränkt habe, daß das fragliche Weideareal 138 M. 32,2 Ruthen umfasse und daß er gegen die Aufstellung der weidebelasteten Grundstücke bezüglich der Anbauverhältnisse nichts zu erinnern habe. Hiebei könne dem Beklagten auch nicht zu statten kommen, daß das Oberamt die fraglichen Notizen anstatt vom Berechtigten von der verpflichteten Gemeinde einverlangt habe; denn es könne das Schätzungsergebniß nicht auf einer Grundlage aufgebaut werden, welche von der Gemeindebehörde gegen die Vorschrift des Gesetzes — also unzuständiger Weise — geliefert und von ihr nachträglich als irrthümlich erklärt worden sei.

3) Ein Uebereinkommen bezüglich des Umfangs der Wechselfelder habe nie stattgefunden; denn bis zur Schätzung sei die angegebene Zahl von keiner Seite beanstandet gewesen, letzteres sei vielmehr erst nachher geschehen, so daß zur Beilegung von obwaltenden Differenzen *vor* der Schätzung in dieser Beziehung kein Anlaß vorgelegen sei.

4) Es beruhe hienach ein wesentlicher Theil der Schätzung auf Erhebungen, welche auf einem dem Gesetz zuwiderlaufenden Wege gemacht worden seien, und stelle sich deßhalb das ganze Schätzungsverfahren als mit einem formellen Mangel behaftet und eben damit als unglaubwürdig dar.

In der rechtzeitig eingekommenen Berufungsschrift wurde wiederholt behauptet, die gesetzliche Frist des Art. 72 des Gesetzes sei versäumt, sodann eingewendet, weder Art. 49 Abs. 1 noch Art. 68 des Gesetzes schreibe vor, daß es überhaupt Pflicht des Berechtigten, noch viel weniger, daß es ein wesentliches Erforderniß des Ablösungsverfahrens sei, daß gerade der *Weideberechtigte und nur er* den Umfang und die Anbauverhältnisse der dem abzulösenden Weiderecht unterliegenden Grund-

stücke darlege. Hinsichtlich der Wechselfelder wurde bemerkt, dieselben seien, wenn auch nicht durch einen förmlichen Vergleich, doch jedenfalls durch eine für beide Theile verbindliche Vereinbarung auf die von den Schätzern zu Grunde gelegte Zahl festgesetzt worden.

Die Vernehmlassung bestritt letzteres und wiederholte im Uebrigen früher Vorgetragenes.

Der Verwaltungsgerichtshof bestätigte das erstinstanzliche Urtheil unter Verfällung des Beklagten in sämmtliche Kosten.

Gründe: 1) Nach Art. 10 Ziff. 23 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 ist die verwaltungsrichterliche Zuständigkeit im vorliegenden Falle zweifellos begründet, da ein Parteienstreit über die Anwendung einer Bestimmung des Weide-Ablösungsgesetzes vom 26. März 1873, nemlich über den von einer Partei gestellten Antrag auf eine zweite Schätzung, besteht, worüber in Gemäßheit der Art. 72 Abs. 3 und Art. 87 Abs. 4 des letzteren Gesetzes die Kreisregierung in erster Instanz zu erkennen hat.

2) Das Gutachten der Schätzungskommission vom März 1880, welches den Gegenstand der klägerischen Anfechtung bildet, wurde den Betheiligten mit oberamtlichem Erlaß vom 14. Juni 1880 in Abschrift zugestellt; an welchem Tage dieß geschah, geht aus den Akten nicht hervor. Der Antrag auf Revision der Schätzung ist jedoch vom Gemeinderath Indelhausen in einer bereits am 3. Juli bei dem Oberamt eingekommenen Erklärung vom 29. Juni 1880, somit jedenfalls noch innerhalb der 30tägigen Präklusivfrist (Art. 72 Abs. 1 des Weide-Ablösungsgesetzes) gestellt und begründet worden. Nach dem Inhalt dieser Erklärung hat der Gemeinderath den Antrag auf „Revision des Schätzungsverfahrens" gestellt und solchen damit begründet, daß die Abschätzung auf Irrthum beruhe, sofern die Zahl der Wechselfelder auf 74 Morgen, während sie höchstens 15—18 Mrg. betrage, angenommen, das Ablösungskapital im 20fachen Betrage daher zu hoch berechnet worden sei. Indem der Gemeinderath hienach den Antrag auf Revision des Schätzungsverfahrens stellte, wollte er offenbar nichts anderes als die Vornahme einer zweiten Schätzung beantragen; es ergibt sich dieß schon aus dem Ausdruck „Revision

des Schätzungs-Verfahrens", worunter eine bloße Vervollständigung der Schätzung wohl nicht verstanden werden kann, noch mehr aber aus der Begründung in den Worten „daß wir diese Abschätzung durchaus nicht anerkennen können, da solche auf Irrthum beruht", womit ausgesprochen ist, daß der Gemeinderath wegen des angeblichen Irrthums die Schätzung im Ganzen nicht anerkenne und deshalb ein neues Schätzungsverfahren verlange, wie er denn auch in einer späteren erläuternden Aeußerung vom 6. November 1880 ausdrücklich „nochmalige Einschätzung" fordert.

3) Der vorige Richter hat sein die Anordnung einer zweiten Schätzung aussprechendes Urtheil auf den — von der klägerischen Partei bei der Begründung ihres Antrags nicht geltend gemachten — formellen Grund gestützt, daß die Lieferung der Notizen über die nach Art. 49 des Weideablösungsgesetzes für die Schätzung des Weiderechts maßgebenden thatsächlichen Verhältnisse, insbesondere über den Umfang und die Anbauverhältnisse der dem abzulösenden Weiderecht unterliegenden Grundstücke nach Art. 68 des Gesetzes nur Sache des weideberechtigten Beklagten gewesen, daß aber in Wirklichkeit diese Notizen auf oberamtliche Aufforderung von dem Gemeinderath Indelhausen, somit von der weidepflichtigen Gemeinde, gegen die Vorschrift des Gesetzes, also unzuständiger Weise geliefert worden seien, während der Weideberechtigte sich auf die Mittheilung beschränkt habe, daß das fragliche Weideareal 138$^{4}/_{8}$ Mrg. 32,2 Rth. umfasse und daß er gegen die Aufstellung der weidebelasteten Gemeinde bezüglich der Anbauverhältnisse nichts zu bemerken habe, wornach das auf solcher Grundlage beruhende ganze Schätzungsverfahren als mit einem formellen Mangel behaftet und darum unglaubwürdig sich darstelle.

Abgesehen davon, ob es im Sinne des Gesetzes (Art. 72 Abs. 3) zulässig sei, das eine zweite Schätzung anordnende Erkenntniß auf einen von der klagenden Partei nicht vorgebrachten Anfechtungsgrund zu stützen — erheben sich gegen jene Begründung folgende Bedenken:

Weder aus Art. 49 noch aus Art. 68 vergl. mit Art. 69 des Gesetzes ergiebt sich mit Nothwendigkeit, daß die Notizen

über die für die Berechnung des Jahreswerths des abzulösenden Weiderechts erheblichen thatsächlichen Verhältnisse, insbesondere über die im vorliegenden Falle allein in Frage stehenden Anbauverhältnisse der Weidefläche, ausschließlich von dem Weideberechtigten zu liefern seien und daß, wenn die bezüglichen Notizen von dem Weidepflichtigen geliefert werden, dieß im Sinne des Gesetzes einen formellen Mangel bilde, welcher die auf die betreffenden Notizen basirte Schätzung unglaubwürdig mache.

Art. 49 spricht in Abs. 1 von der Verpflichtung der Betheiligten (also beider Parteien), die in ihrem Besitze befindlichen Nachweisungen den Schätzern zur Einsicht zu stellen, Art. 68 in Ziffer 2 von der Verpflichtung des Berechtigten, die in seinem Besitz befindlichen Notizen über die Ertragsberechnung dem Oberamt zu übergeben, während Art. 69 Abs. 3 bestimmt, daß auf den Antrag des Berechtigten das Oberamt dem Weidepflichtigen aufzugeben habe, die in dessen Besitz befindlichen für die Werthsberechnung dienenden Notizen u. s. w. vorzulegen.

Aus den Akten ist nun in thatsächlicher Beziehung zu konstatiren, daß das Oberamt am 15. November 1873 eine der Vorschrift des Art. 68 Ziffer 1—4 entsprechende Aufforderung an den Berechtigten (die Freiherrl. von Speth-Schülzburg'sche Gutsherrschaft) ergehen ließ und daß das Freiherrl. Rentamt dieser Aufforderung durch Vorlegung der im gutsherrlichen Besitz befindlichen Notizen und Nachweisungen, insbesondere auch über den Umfang der Weidefläche, innerhalb der 60tägigen Frist insoweit entsprochen hat, als es derselben entsprechen konnte, indem es bemerkte, daß die Notizen über den bisherigen Ertrag des gutsherrlichen Weiderechts von der Gemeinde Indelhausen geliefert werden müßten, an welche das Weiderecht mit dem Schloßgut Maisenburg von 1825—71 verpachtet gewesen sei. Es ist denn auch eine auf die Pachtakten der Gemeinde gegründete Ertragsberechnung für die Periode 1856—70 vom Schultheißenamt Indelhausen aufgestellt und vom Rentamt unter Beifügung von Nachträgen für die Jahre 1871—73 mit den übrigen Nachweisungen am 15. Januar 1874 übergeben worden.

Von Notizen über die Anbauverhältnisse der Weidefläche war damals noch keine Rede. Diese wurden erst, als die Nothwendigkeit eines Schätzungsverfahrens sich herausstellte, durch oberamtlichen Erlaß vom 19. August 1879 mit dem Anfügen eingefordert, daß dieselben auch für das dem gutsherrlichen Uebertriebsrecht unterliegende Areal von dem Gemeinderath Indelhausen zu liefern seien. Daß die Aufforderung in letzterer Beziehung an die Gemeindebehörde und nicht an das gutsherrliche Rentamt gerichtet wurde, war für die Uebertriebsfläche innerhalb der Markung Indelhausen in der Ordnung, da die bisherigen Anbauverhältnisse mit Sicherheit nur von der Gemeindebehörde auf Grund des in ihrem Besitze befindlichen Primärkatasters und ihrer eigenen unmittelbaren Bekanntschaft mit diesen Verhältnissen erhoben und dargelegt werden konnte, zumal auch die Gemeinde selbst das gutsherrliche Weiderecht bis zum Jahre 1870 incl. als Pächterin ausgeübt hatte. Uebrigens hat die Gutsherrschaft gleichfalls Notizen über die Anbauverhältnisse des ihrem Uebertriebsrecht unterliegenden Areals der Markung Indelhausen geliefert, indem das rentamtliche Schreiben vom 30. September 1879 abweichend von der gemeinderäthlichen Darstellung (welche in dem Bericht vom 28. August 1879 60 Morgen Aecker, 74 Morgen Wechselfelder, 4 Morgen Oedungen ergiebt) 121 Morgen als Aecker und 18 Morgen als Oedungen anführt. Die Bemerkung in den Entscheidungsgründen der Kreisregierung, daß sich der Weideberechtigte auf die Mittheilung der Morgenzahl der Weidefläche (138$^{4}/_{8}$ Mrg.) beschränkt habe, ist somit nach den Akten nicht richtig; ebensowenig aktenmäßig ist die weitere dortige Angabe, wornach der Berechtigte ausgesprochen haben soll, daß er gegen die Aufstellung der weidebelasteten Gemeinde bezüglich der Anbauverhältnisse nichts zu bemerken habe, denn der Ausspruch des Berechtigten, welcher hier gemeint ist, bezieht sich nach dem gedachten rentamtlichen Schreiben lediglich auf denjenigen gleichfalls vom 28. August 1879 datirenden Bericht des Gemeinderaths Indelhausen, welcher die gemeinderäthliche Darstellung der Anbauverhältnisse des Areals der Gemeindeschafweide auf der Markung Indelhausen und des Gemeinde-Uebertriebsrechts

auf einem Distrikt der Markung Hayingen, also eines der Gemeinde Indelhausen selbst zustehenden Weiderechts enthält, während die gemeinderäthliche Darstellung der Anbauverhältnisse des Areals des gutsherrlichen Uebertriebsrechts in dem ersterwähnten gemeinderäthlichen Bericht vom 28. August 1879 gegeben ist. Ueber letztere Darstellung hat sich das freiherrliche Rentamt gar nicht geäußert, obgleich es nach dem Schlusse seines Schreibens vom 30. September 1879 hievon Einsicht erhielt, wie denn auch das Oberamt von der auffallenden Differenz zwischen dieser und der gutsherrlichen Darstellung gar keine Notiz genommen zu haben scheint.

Die Begründung des vorrichterlichen Urtheils ist hienach weder im Sinne des Gesetzes noch thatsächlich als zutreffend anzusehen.

4) Es erübrigt demzufolge den von der klägerischen Partei selbst vorgebrachten Anfechtungsgrund, den Irrthum in der Angabe der Morgenzahl der Wechselfelder, in Betracht zu ziehen.

Bei der Würdigung dieses Grundes ist nun zwar nicht zu verkennen, daß der Gemeinderath Indelhausen bei der von ihm auf oberamtliche Aufforderung gegebenen Darlegung der Anbauverhältnisse der fraglichen Weidefläche nach seinen eigenen Erklärungen sich in einer Weise verhalten hat, welche den behaupteten Irrthum als selbst verschuldet erscheinen läßt. Gleichwohl wäre auch ein unentschuldbarer Irrthum, sofern derselbe einer den Ausspruch der Schätzungskommission beeinflussenden thatsächlichen Grundlage des Schätzungsverfahrens anhaftet, im Sinne des Gesetzes zweifellos als ein Mangel, welcher den Ausspruch der Schätzer unglaubwürdig zu machen geeignet ist, anzusehen.

Mit Unrecht hat sich der Anwalt des Beklagten in dieser Beziehung auf die civilprozessualischen Bestimmungen über das Geständniß berufen, da von einem Geständniß im prozeßrechtlichen Sinne hier schon deßhalb keine Rede sein kann, weil der Gemeinderath die fragliche Angabe nicht in einer prozessualischen Verhandlung der Gegenpartei gegenüber gemacht hat. Ebensowenig kann der Berufung jenes Anwalts auf eine bei der Verhandlung vom 21. Oktober 1879 angeblich erfolgte Vereinbarung

der Parteien ein rechtliches Gewicht beigelegt werden, da von einer wirklichen Vereinbarung, deren Existenz von der klägerischen Partei entschieden widersprochen ist, es sich nur dann hätte handeln können, wenn Differenzen der Parteien über den fraglichen Punkt (die Morgenzahl der Wechselfelder) vor und bei der gedachten Verhandlung zwischen denselben zur Erörterung gebracht worden wären, was jedoch in den Akten entfernt nicht angezeigt erscheint.

Daß aber der fragliche Irrthum einen im Sinne des Gesetzes wesentlichen Punkt betrifft, unterliegt keinem gegründeten Zweifel, da nach dem Gutachten der Schätzungskommission Wechselfelder wie die Oedungen gegenüber von der Brach- und Stoppelweide einen für die Weide erheblich höheren Werth haben, woraus sich von selbst ergiebt, daß, wenn die Morgenzahl der Wechselfelder des Areals des Uebertriebsrechts in Wirklichkeit eine geringere, als die dem Ausspruch der Schätzer zu Grunde gelegte Ziffer von 74 Morgen, ist, der geschätzte Jahreswerth der Weide und das Ablösungskapital zum Nachtheile der weidebelasteten Gemeinde Indelhausen zu hoch berechnet wurde. Nach den Akten ist nun anzunehmen, daß der Umfang der Wechselfelder innerhalb des Areals des Uebertriebsrechts in Wirklichkeit ein erheblich geringerer, als 74 Morgen, sei. Schon die eigenen Erklärungen des Gemeinderaths Indelhausen weisen darauf hin, daß die ursprüngliche Aufstellung dieser Ziffer jeder Grundlage ermangelt und unmöglich richtig sein könne. Aus dem Primärkataster von Indelhausen geht sodann — nach dem vom Oberamt gefertigten Auszuge — hervor, daß auf dem Areal des Uebertriebsrechts 26⁶/₈ Morgen, 17,2 Ruthen als Wechselfelder angebaut sind. Nach der Darstellung des gutsherrlichen Rentamts umfaßt dieses Areal 121 Morgen Aecker und 18 Morgen Oedungen, unter welchen wohl auch die Wechselfelder begriffen sein werden. Letzteres würde mit der Angabe des Vertreters der klägerischen Partei, wornach mit Einschluß der Oedungen etwa 15 Morgen Wechselfelder vorhanden sein sollen, so ziemlich übereinstimmen.

Für die verwaltungsrichterliche Anordnung einer neuen Schätzung erscheint es als genügend, wenn konstatirt ist, daß

die dem Gutachten der Schätzungskommission zu Grunde gelegte Morgenzahl der Wechselfelder auf einem Irrthum zum Nachtheile der weidebelasteten Gemeinde beruht. Die genaue Erhebung und Feststellung der richtigen Ziffer bleibt im Uebrigen, wenn die Parteien sich hierüber nicht verständigen sollten, dem oberamtlichen Verfahren vorgängig der Einleitung einer neuen Schätzung vorbehalten.

Hienach war, wie geschehen, zu erkennen und der Beklagte als unterliegender Theil zugleich in sämmtliche Prozeßkosten zu verfällen.

15) Unterstützungswohnsitzgesetz. Vorhandensein der Hilfsbedürftigkeit. Eine von der Armenbehörde an die Ehefrau, wenn auch ohne Vorwissen des Ehemanns, verabreichte mäßige Geldunterstützung zu Haushaltungszwecken ist als der ganzen Familie, mithin auch dem Ehemann, gegeben zu betrachten.

Urtheil vom 14. November 1883.

Ortsarmenverband Cannstatt, Kläger, Berufungsbeklagter, gegen Ortsarmenverband Kirchheim u./T., Beklagten, Berufungskläger.

Der verheirathete, 45 Jahre alte Tuchscheerer Philipp Bubeck von Rommelshausen, seit März 1881 in Cannstatt, ersuchte am 7. Dezember geb. Jahrs die dortige Armenpflege um Uebernahme einer Apothekerrechnung sowie um Aufnahme seines krüppelhaften, 5 Jahre alten Knaben Albert in eine Heilanstalt, und kurz darauf wegen Verdienstlosigkeit und Entblößung von allen Mitteln auch um eine kleine Geldunterstützung. Nach Aufnahme des vorgeschriebenen Vernehmungsprotokolls, welches Bubeck unterschrieb, und nach Konstatirung der Nothlage der Familie beschloß die Armendeputation Cannstatt am 1. Februar 1882, dem Bubeck eine Einmalige Geldunterstützung von 4 Mark zu verwilligen, auch den krüppelhaften Sohn vorerst auf die Dauer eines Jahrs in der Heilanstalt des med. Dr. Werner in Ludwigsburg unterzubringen und den gesammten Aufwand von dem Ortsarmenverband Kirchheim u./T., woselbst Bubeck

vom 23. April 1876 bis 11. November 1878 und sodann wieder Ende Juli 1880, wenn auch kurze Zeit, gewohnt hatte, zu reklamiren. Die in der Heilanstalt erwachsenen Kosten betrugen, weil der Knabe schon nach einigen Tagen eigenmächtig vom Vater aus der Anstalt wieder abgeholt wurde, nur 3 M. 20 Pf. Den Ersatz des Gesammtaufwandes mit 7 M. 20 Pf. und 1 M. 10 Pf. Portoauslagen verlangte der Armenverband Cannstatt von Kirchheim, erhielt jedoch eine ablehnende Antwort, worauf er den Weg der Klage betrat.

Das gesammte Parteivorbringen ist, soweit relevant, in den Entscheidungsgründen zu dem, unter Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung, den Beklagten kostenfällig verurtheilenden Urtheil des Verwaltungsgerichtshofs enthalten, welche dahin lauteten:

Von beklagter Seite ist von Anfang an zugegeben worden daß ꝛc. Bubek von Georgii 1876 bis Martini 1878 in Kirchheim sich aufgehalten und „durch diesen zweijährigen Aufenthalt den Unterstützungswohnsitz daselbst erworben hat". Es ist aber von derselben Seite eingewendet worden, ꝛc. Bubek habe diesen Unterstützungswohnsitz seit Martini 1878 durch ununterbrochene Abwesenheit von Kirchheim wieder verloren, in welcher Beziehung bestritten wurde, daß, wie der Kläger behauptete, Bubek von Jakobi bis 13. September 1880 wieder in Kirchheim seinen Aufenthalt genommen habe. Ueber diesen letzteren Aufenthalt wurde in der gegenwärtigen zweiten Instanz durch Vernehmung des ꝛc. Bubek und anderer Zeugen Beweis aufgenommen. Nach dieser Beweisaufnahme ist sodann von beklagter Seite erklärt worden: „es werde anerkannt, daß Bubek zu der Zeit, als der den Gegenstand der Klage bildende Aufwand entstanden sei, den Unterstützungswohnsitz noch in Kirchheim gehabt habe". Dieses Anerkenntniß lautet ganz bestimmt und unumwunden. Dasselbe stellt einen vollen Beweis her, es bedarf keines weiteren Beweises mehr (Civilprozeß-Ordnung § 261) und ist daher nicht nöthig, auf die Aussagen der in dieser Instanz über den vorhin bezeichneten Beweispunkt gehörten Zeugen einzugehen.

Von beklagter Seite wird aber jetzt in zweiter Instanz auf Grund von Angaben des ꝛc. Bubek bei seiner Vernehmung

in dieser Instanz eingewendet, „derselbe habe nie um eine Unterstützung nachgesucht, sei auch nicht unterstützungsbedürftig gewesen".

1) Bubek hat in dieser Beziehung angegeben, seine Frau habe „auf der Armenpflege in Cannstatt um die Uebernahme ihres Kindes in die Werner'sche Anstalt gebeten, auch er sei vorgeladen worden und trotzdem, daß er gesagt habe, er wolle keine öffentliche Unterstützung, sei ihm doch gesagt worden, das Kind komme in die genannte Anstalt; er habe sich dazu entschlossen, als man ihm gesagt, es koste nichts . . . . so habe er endlich nachgegeben und gesagt, es sei ihm recht, wenn der Knabe in eine Anstalt komme; er habe den Knaben in die Anstalt gebracht mit der Absicht, ihn nicht drei Tage dort zu lassen; nachdem er sein Kind nach drei Tagen von Ludwigsburg weggeholt gehabt habe, habe man ihn auf die Armenpflege vorgeladen, er habe gesagt, er wolle die Kosten bezahlen, die Armenpflege habe davon aber keinen Gebrauch gemacht."

Nach dem von Bubek unterzeichneten Protokoll vom 7. Dezember 1881 hat derselbe damals vor der Armenpflege angegeben, „die Ursache der Unterstützungsbedürftigkeit liege in der Krankheit seines 5 Jahre alten Kindes Albert, und hat derselbe die Uebernahme der Apothekerrechnung und die Aufnahme des Kindes in eine Anstalt beantragt". Aus demselben Protokolle ist zu entnehmen, daß Bubek damals vier kleine Kinder hatte und nach seiner Angabe als Taglöhner für den Tag 2 M. 20 Pf. verdient hat. Daß das Kind zu jener Zeit krank war, ist nicht bestritten, ein Verdienst von 2 M. 20 Pf. für den Arbeitstag war durch den gewöhnlichen Unterhalt einer aus 6 Köpfen bestehenden Familie in Anspruch genommen, das Kind war krank und bei vier kleinen Kindern von 11, 7, 5 und 1½ Jahren kann von einem Nebenverdienst der Mutter wohl kaum die Rede gewesen sein, Umstände, welche auf die Unterstützungsbedürftigkeit dieser Leute zur Zeit der Krankheit des Kindes hinweisen. ꝛc. Bubek hat übrigens nach dem gedachten Protokoll vom 7. Dezember 1881 damals seine Unterstützungsbedürftigkeit selbst hervorgehoben und die Aufnahme des kranken Kindes in eine Anstalt selbst beantragt. Und selbst bei seiner eidlichen Vernehmung in dieser Instanz ist von ihm angegeben

worden, daß er sich nach einigem Widerstreben zur Uebergabe des Kindes in eine Anstalt entschlossen, endlich nachgegeben und gesagt habe, es sei ihm recht, wenn der Knabe in die Anstalt komme. Hiernach ist nicht richtig, daß ꝛc. Bubek, wie jetzt von beklagter Seite behauptet werden will, nie um eine Unterstützung nachgesucht habe. Mit seinem Willen und seiner Zustimmung ist der kranke Knabe in die Anstalt verbracht worden, und in Anbetracht des mäßigen Verdienstes des ꝛc. Bubek und seiner eigenen Angaben vom 7. Dezember 1881 ist anzunehmen, daß er in Betreff der Unterbringung des Knaben, der nach dem schriftlichen Zeugniß des Dr. Werner wider dessen Willen aus der Anstalt hinweggenommen wurde, einer Unterstützung bedurft hat. Daß „Bubek in ganz ungebührlicher Weise zu Unterzeichnung des Protokolls vom 7. Dezember 1881 genöthigt worden sei„ für diese Behauptung ist von beklagter Seite eine thatsächliche Begründung nicht beigebracht worden. Aus den Angaben des Bubek in dieser Instanz, welcher mit der Verbringung des Kindes in die Anstalt am Ende einverstanden war, ergibt sich eine solche Nöthigung in keiner Weise, von einer solchen Nöthigung hat ꝛc. Bubek kein Wort gesagt.

Was aber das Vorbringen des Bubek, er habe nach der bald hernach erfolgten Wegnahme des Knaben aus der Anstalt vor der Armenpflege in Cannstatt erklärt, er wolle die Kosten bezahlen, anbelangt, so hatte derselbe — am 26. Februar 1882 hat er den am 24. Februar 1882 in die Anstalt verbrachten Knaben wieder abgeholt — inzwischen seit jener Erklärung Zeit genug, sein Zahlungsanerbieten zu verwirklichen und dem Kläger den Verpflegungsaufwand zu erstatten. Daß dies bis jetzt nicht geschehen ist, zeigt genugsam, wie wenig Ernst es dem Bubek mit jener Erstattung ist. Aber dessen bloße Erklärung von damals, er wolle die Kosten bezahlen, ist dem Kläger gegenüber ohne Bedeutung, der jenen nothwendigen Aufwand einmal gemacht hat und dem mit einer solchen bloßen Erklärung des Bubek, mit bloßen Worten, nicht gedient ist. Ueberdieß ist der Kläger nach § 6 der Instruktion vom 30. Mai 1873 nicht gehalten, sich wegen seines Vorschusses und dessen Erstattung an Bubek zu wenden.

2) Betreffend ſodann die 4 Mk., verabreichte Geldunterſtützung, ſo hat Bubek bei ſeiner Vernehmung in dieſer Inſtanz angegeben: „dieſe Unterſtützung, die ſeiner Frau gewährt worden ſei, habe er nicht veranlaßt, er wiſſe überhaupt nichts von dieſer Unterſtützung," und dieß hat den Vertreter des Beklagten geltend zu machen veranlaßt, der Kläger habe gegen den erklärten Willen und hinter dem Rücken des Bubek dieſe 4 Mk. deſſen Ehefrau zugeſtellt. Dieſe Unterſtützung iſt am 1. Februar 1882 gewährt worden und es wird dieſe Gewährung an ſich nicht beſtritten. Bubek hat nicht geſagt, ſie ſei wider ſeinen Willen erfolgt, ſondern nur, ſie ſei nicht von ihm veranlaßt worden. Geſetzt aber auch, ſie ſeie der Bubek'ſchen Ehefrau — natürlich auf deren Anſuchen — gewährt worden und Bubek habe, was jedoch nicht anzunehmen iſt, hievon nichts erfahren, ſo kann es dem klägeriſchen Anſpruch nicht entgegenſtehen, wenn die 4 M. der Bubek'ſchen Ehefrau verabreicht worden ſind, indem die Hausfrau innerhalb ihres Kreiſes den Haushalt zu führen und auch für den Unterhalt der Familie, der Kinder zu ſorgen hat. Es iſt nicht an dem, daß es ſich um eine größere Unterſtützung gehandelt hat, ſondern nur um eine kleinere, und eine ſolche ſollte der Hausfrau auf ihr Anſuchen nicht verabreicht werden dürfen? Eine ſolche Unterſtützung, ihr verabreicht, iſt der ganzen Familie verabreicht. Was aber die Hilfsbedürftigkeit, die Nothwendigkeit dieſer Unterſtützung von 4 Mk. betrifft, ſo ſprechen auch für ſie die oben ſchon hervorgehobenen Umſtände, der mäßige damalige Verdienſt des Bubek und dieſe Familie mit vier kleinen, verdienſtloſen Kindern und einer Frau allem nach ohne Nebenverdienſt. Wie ſollte überhaupt der Kläger ohne Bedarf zu einer ſolchen Unterſtützung gekommen ſein? Hiezu kommt noch, daß von beklagter Seite in der vorigen Inſtanz die Hilfsbedürftigkeit nicht beſtritten worden iſt, und ganz beſonders noch der Umſtand, daß Bubek laut des Protokolls vom 7. Dezember 1881 ſeine Unterſtützungsbedürftigkeit nur zwei Monate vor dem 1. Februar 1882 in eigener Perſon hervorgehoben hatte, auch daß am 1. Februar 1882 der am 24. Februar 1882 in die Werner'ſche Anſtalt verbrachte Knabe noch krank war.

Nach dem Ausgeführten ſteht der Aufwand von 8 M. 30 Pf. ſowie deſſen Nothwendigkeit feſt. Ferner iſt von dem Beklagten anerkannt, daß ꝛc. Bubeck in Kirchheim durch ſeinen dortigen Aufenthalt von Georgii 1876 bis Martini 1878 ſeinen Unterſtützungswohnſitz erworben und denſelben zur Zeit der in Rede ſtehenden Unterſtützungen noch daſelbſt gehabt hat. Aus dieſen Thatſachen ergibt ſich aber, daß der beklagte Ortsarmenverband von Kirchheim, wo ꝛc. Bubeck ſeinen Unterſtützungswohnſitz gehabt hat, dem klägeriſchen Ortsarmenverband von Cannſtatt den von dieſem vorläufig für die Bubek'ſche Familie gemachten Aufwand von 8 M. 30 Pf. zu erſetzen hat, und war daher die Berufung des Beklagten gegen das erſtinſtanzliche Urtheil, das in dieſer Weiſe erkannt hat, bezüglich der Hauptſache als unbegründet zu verwerfen, was im Nebenpunkte der Koſten des Verfahrens auch die Verfällung des Beklagten in die Koſten beider Inſtanzen nach ſich ziehen mußte.

16) Art. 8 des Beamtengeſetzes vom 28. Juni 1876 und § 36 der Verfaſſungsurkunde.

Urtheil vom 9. April 1884.

Beſchwerde des K. Revierförſters J. in T., Verſagung der Erlaubniß zur Fertigung eines Wirthſchaftsplans für die Stadtwaldungen von R. betreffend..

Dem in T. wohnenden kön. Revierförſter J. von G., Forſts U., beabſichtigte der Gemeinderath von R. die Fertigung eines neuen Wirthſchaftsplans für die dortigen Stadtwaldungen zu übertragen. Als das Forſtamt B., zu deſſen Bezirk R. gehört, hievon Anzeige erhielt, ſprach es gegen die Forſtdirektion die Befürchtung aus, die Uebertragung an J., welchem die nöthige Vertrautheit mit den örtlichen Verhältniſſen mangle, möchte zu einer endloſen Reihe von Anſtänden und Schwierigkeiten führen, worauf die Forſtdirektion dem Forſtamt zur Beſorgung des Weitern erwiderte, daß ſie ein Geſuch des J. dem Finanzminiſterium zur Genehmigung nicht zu empfehlen vermöchte. Mittlerweile hatte auch J. dem ihm vorgeſetzten Forſtamt U. ein Geſuch um Erlaubniß zur Fertigung des Wirthſchaftsplans für R. übergeben, welchen das Forſtamt höheren Orts vorlegte. Es

wurde zunächst mit der unter dem Ministerium des Innern stehenden Forstdirektion für Körperschaftswaldungen kommunizirt, welche es als nicht wünschenswerth bezeichnete, daß J. die Ausfertigung von Wirthschaftsplänen in anderen Revieren übernehme. Nun ließ das Finanzministerium mit Erlaß vom 20. Februar 1884 dem J. eröffnen, daß er nach Art. 8 Abs. 1 des Beamtengesetzes vom 28. Juni 1876 und nach der Vollziehungsverfügung des Finanzministeriums vom 9. April 1881 (Amtsbl. der O.F.Kammer St. 27 Z. II. 1) der Ermächtigung zu Fertigung des Wirthschaftsplans für R. bedürfe und ihm die nachgesuchte Erlaubniß in Uebereinstimmung mit dem Gutachten der beiden Forstdirektionen nicht ertheilt werden könne.

Die Ziff. II 1 der Vollziehungsverfügung lautet:

„Ein auf Lebenszeit angestellter Beamter (Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes) darf auch außer den Fällen des Art. 8 Abs. 1 und 2 desselben nur mit Genehmigung des Finanzministeriums eine solche Nebenbeschäftigung übernehmen, welche zwar nicht als eigentliches Gewerbe, aber doch in Absicht auf Gewinn betrieben oder für deren Besorgung, wenn auch keine fortlaufende, so doch eine Einmalige Belohnung oder Erkenntlichkeit in irgend einer Form bedungen, erwartet oder angenommen wird."

J. übergab dem Forstamt eine an den Verwaltungsgerichtshof gerichtete Beschwerdeschrift und erklärte sich zugleich bereit, behufs Uebernahme des fraglichen Nebengeschäfts Urlaub zu nehmen und die Stellvertretungskosten zu tragen. Die Beschwerde wurde dahin begründet:

1) Aus Art. 8 Abs. 1 des Beamtengesetzes und seiner Entstehungsgeschichte gehe hervor, daß es einer vorgängigen Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde nur für solche Nebenbeschäftigungen bedürfe, mit welcher eine fortlaufende Belohnung verbunden sei. Um eine solche könne es sich aber hier niemals handeln und es können daher im Allgemeinen Zweifel darüber bestehen, ob die Beiziehung der Vollziehungsverfügung des Finanzministerium vom 9. April 1881 hier gesetzlich zuläßig und hienach das

Finanzministerium Kraft Gesetzes zu einer solchen Verweigerung ermächtigt gewesen sei.

2) Nach Art. 7 des Gemeindewaldgesetzes vom 16. August 1875 bleibe die Wahl der Sachverständigen den Körperschaften überlassen, die Wahl in R. sei hauptsächlich deßhalb auf ihn gefallen, weil bei den obwaltenden Differenzen der Stadt daran gelegen sei, einen Sachverständigen zu bekommen, der nicht als Untergebener des Forstamts B. abhängig sei. Wenn bald diesem bald jenem Sachverständigen vom Finanzministerium die Erlaubniß zur Anfertigung des Wirthschaftsplans verweigert werden könne, so müßte hiedurch die den Körperschaften rechtlich zustehende freie Wahl illusorisch werden.

Die Forstdirektion (für Staatsforsten) ließ dem J. eröffnen, daß seine Beschwerde schon nach Art. 15 Ziffer 3 des Verwaltungsrechtspflege-Gesetzes vom 16. Dezember 1876 unstatthaft erscheine. J. beharrte aber auf deren Zulässigkeit und führte in einer weiteren Erklärung aus: In diesem Artikel 15 seien nach Wortlaut, Wortsinn und nach den Motiven Gebühren für besondere Verrichtungen, Tagegelder, Diäten u. s. w., welche vom Fiskus zu tragen seien, nicht aber Belohnungen für Nebengeschäfte, die aus andern Kassen bezogen werden, gemeint. Auch die Vollziehungsverfügung des Finanzministeriums vom 9. April 1881 habe nicht einzelne Nebengeschäfte, sondern Nebenbeschäftigungen von längerer Dauer im Auge. Eine weitere Ausdehnung wäre im Widerspruch mit Art. 8 Abs. 1 des Beamtengesetzes. Viel eher könnte die Fertigung eines solchen Plans zu den wissenschaftlichen Arbeiten gerechnet werden, welche nach II Ziffer 3 der Vollziehungsverfügung der Genehmigung der Dienstaufsichtsbehörden nicht bedürfen. Die Abweisungsbegründung erscheine um so weniger zulässig, als nach den Akten in den Verhandlungen des Gemeinderaths R. von einer Belohnung noch nicht mit einer Silbe die Rede gewesen sei, und schon jetzt erbiete sich J. eventuell zu der Erklärung, daß er den Wirthschaftsplan ausarbeiten werde, ohne daß eine Einmalige Belohnung oder Erkenntlichkeit in irgend einer Form bedungen, erwartet oder angenommen werde. Eine über Nacht dauernde Entfernung vom Amtssitze

werde nicht eintreten, es bedürfe deßhalb nach § 2 des K. V.O. v. 18. Juli 1879 eines Urlaubs in diesem Falle nicht. Gleichwohl wiederhole er sein Erbieten zu Uebernahme der Stellvertretungskosten. Am Schluß wiederholte J., daß die Verweigerung im Widerspruch stehe mit dem Beamten- und Gemeindewald-Gesetz, und fügte bei: „Meine Beschwerde gründet sich daher unmittelbar auf § 36 der Verf.-Urkunde und ist unabhängig von Artikel 15 Ziffer 3 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876."

Der Gemeinderath in R. hatte inzwischen einen anderen Beamten mit Fertigung des Wirthschaftsplans beauftragt.

Der Verwaltungsgerichtshof wies die Beschwerde als unstatthaft ab aus folgenden Gründen:

Nach Art. 8 Abs. 4 des Gesetzes vom 28. Juni 1876 über die Rechtsverhältnisse der Staatsbeamten hat die oberste Dienstbehörde in allen Fällen von Nebenbeschäftigungen der Beamten nach ihrem Ermessen darüber zu entscheiden, ob die Nebenbeschäftigung mit den amtlichen Pflichten vereinbar ist und damit dem amtlichen Beruf kein Abbruch geschieht.

In dessen Folge hat auch bei J. das k. Finanzministerium die Besorgung des fraglichen in einem andern Revier vorzunehmenden Geschäfts mit der unmangelhaften Versehung seines eigenen Reviers nicht für vereinbar erklärt.

Auch die Berufung auf das in § 36 der Verf.-Urkunde bestimmte allgemeine Beschwerderecht erschien als unzulässig. Dieses Beschwerderecht ist für das verwaltungsrichterliche Verfahren durch die Vorschriften des Art. 13 und Art. 15 Ziffer 3 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876, welche der vorliegenden Beschwerde gleichfalls entgegenstehen, näher geregelt worden.

Hienach mußte so wie geschehen erkannt werden.

XVI. Literarische Mittheilungen.

Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, bearbeitet von Dr. L. Gaupp, Landgerichtsrath in Tübingen. 19 Bogen 307 S.

Das genannte Buch ist ein Theil des dritten Bandes des unter Mitwirkung zahlreicher schriftstellerischer Kräfte von Prof. Marquardsen herausgegebenen „Handbuchs des öffentlichen Rechts". Der erste Band dieses umfassenden Sammelwerkes enthält das Allgemeine Staatsrecht von Prof. Gareiß, das Verhältniß von Staat und Kirche von Prof. Hinschius, das allgemeine Verwaltungsrecht von Staatsrath Sarwey, das Völkerrecht von Prof. v. Bulmerincq, die Politik von Prof. Marquardsen, der zweite Band das Reichsstaatsrecht von Prof. Laband und das Staatsrecht Elsaß-Lothringens von L.G.R. Leoni, Preußens von Geh.-R. Prof. H. Schulze und Sachsens von Bergamtsdirektor Leuthold, der dritte Band das Staatsrecht der übrigen deutschen Staaten. Der größere Theil dieser Arbeiten ist im Druck erschienen, während von dem vierten für die Darstellung des Staatsrechts der übrigen europäischen Staaten und der Vereinigten Staaten von Nordamerika bestimmten Bande zur Zeit nur das österreichisch-ungarische Staatsrecht von Ulbrich erschienen ist.

Die Gaupp'sche Bearbeitung des Württemb. Staatsrechts nimmt in diesem Gesammtwerke insofern eine besondere Stellung ein, als dieselbe ihren Gegenstand viel eingehender und ausführlicher behandelt als die übrigen Arbeiten, wie z. B. das von Schulze bearbeitete preußische Staatsrecht nur 165 Seiten, das badische Staatsrecht von Min.-R. Schenkel nur 49 S. umfaßt. Ob es für die Erwerber des Handbuchs, welchen nach dem Prospekt die Darstellung des bayrischen, württembergischen, badischen und hessischen Staatsrechtes auf 176 S. (11 Bogen) im Ganzen zugesagt war, erwünscht ist, eine den angenommenen Raum ungefähr um das sechsfache übersteigende Bearbeitung gerade des Württembergischen Staatsrechts zu erhalten, ist eine naheliegende Frage, welche jedoch in dieser Besprechung dahingestellt bleiben

kann. Auch wird man nach einzelnen Stellen der Schrift kaum berechtigt sein, das Erscheinen dieser Bearbeitung des Württ. Staatsrechts zwei Jahre nach der Ausgabe der Arbeiten von v. Bitzer [1]) und v. Riecke [2]) und gerade ein Jahr nach der Ausgabe des Württemb. Staatsrechts von Sarwey [3]) aus der von Prof. Brie aus Anlaß der Besprechung der letzteren Schrift [4]) gerühmten „tiefen Anhänglichkeit des Schwäbischen Volksstammes an die heimischen Institutionen" zu erklären.

Die Gaupp'sche Arbeit gibt, soweit dies auf dem Raum von 19 Druckbogen, übrigens in großem Format, möglich ist, eine Darstellung des zur Zeit in Württemberg geltenden Verfassungs- und Verwaltungsrechts, des letzteren in der Beschränkung, wie solche in der deutschen Staatsrechtswissenschaft herkömmlich ist. Es muß anerkannt werden, daß der positive Rechtsstoff mit allem Fleiß gesammelt ist, wobei allerdings daran zu erinnern ist, daß dem Verfasser in den vorangegangenen schon erwähnten Bearbeitungen desselben Rechtsstoffes vorgearbeitet war und daß er hiebei nur eine gründliche Kontrolle zu üben hatte, um Nichts Wesentliches zu übersehen [5]).

Eine Untersuchung und ein Gesammturtheil darüber, ob die

---

1) Regierung und Stände in Württemberg von Staatsrath Dr. v. Bitzer. 1882.

2) Verfassung, Verwaltung und Staatshaushalt des Königreichs Württemberg von Präsident Dr. C. V. v. Riecke. 1882.

3) Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg von Staatsrath Dr. v. Sarwey. 2 Bde. 1883.

4) Zentralblatt für die Rechtswissenschaft von Dr. v. Kirchenheim. B. 3. S. 112.

5) Zwar hat Gaupp in der Note zu der Literaturübersicht bemerkt, daß das Württembergische Staatsrecht von Sarwey nur noch in den Noten habe Berücksichtigung finden können. Allein abgesehen davon, daß schon auf S. 16, nicht in der Note, das eben genannte ein volles Jahr vor dem Gaupp'schen erschienene Buch berücksichtigt ist, ändert dieß jedenfalls an dem Obigen Nichts. Denn vor dem Drucke lag dasselbe dem Verfasser vollständig vor, wie eben auch die Noten beweisen. Auch im Texte selbst begegnet man Stellen, welche mindestens eine genaue Beachtung der früheren Arbeit von Sarwey wahrscheinlich machen.

Wissenschaft des Staatsrechts und speziell die Kenntniß der Württembergischen Rechtszustände eine Förderung durch die Gaupp'sche Arbeit erfahren hat, unterbleibt an diesem Orte aus naheliegenden Gründen. Die Art der Polemik jedoch, welche Gaupp zu Tag gefördert hat, macht es nothwendig, genauer auf den Inhalt seiner Arbeit im Einzelnen einzugehen.

Wer das Gaupp'sche Buch nur oberflächlich durchblättert, wird über die Masse der auf dem Gebiete des württembergischen öffentlichen Rechts im Kurs befindlichen Unrichtigkeiten erstaunt sein, welche richtig zu stellen Gaupp vorbehalten blieb. Namentlich auch das Staatsrecht von Sarwey hat sich dieser besonderen liebevollen Berücksichtigung zu erfreuen. Die Fülle der demselben imputirten „Unrichtigkeiten" muß auf Jeden, welcher ohne Kenntniß der Gepflogenheiten des Emendators und ohne gründliche Prüfung der Zitate die Gaupp'schen Noten liest, den Eindruck machen, daß doch gar viele Irrthümer in dieser Arbeit enthalten seien. Zur Aufklärung müssen der auf das Einzelne gerichteten Abwehr einige allgemeine Bemerkungen vorangeschickt werden.

Einmal hat Gaupp die auch schon in seinem Kommentar zu der R.-Z.-Pr.-Ordnung bemerkbare Gewohnheit, ziemlich ausnahmslos [6]) jede Ansicht, welche nicht die seinige ist, einfach und kurzweg als „unrichtig", zuweilen auch als „ganz unrichtig" zu bezeichnen. Natürlich versetzt er sich hiedurch in die sehr günstige Lage, stets als der Berichtiger aller von der seinigen abweichenden Ansichten, also sehr häufig in dieser erhabenen Rolle zu erscheinen [7]). Diese Gewohnheit wird auch gegenüber Ent-

6) Gegenüber dem Reichsstaatsrecht von Laband wird eine Ausnahme gemacht. Eine abweichende Ansicht von Laband über das richterliche Prüfungsrecht wird unter der höflichen Form „A. A." erwähnt, S. 162 N. 1.

7) Der Schriftsteller, welcher dieser Form, abweichende Ansichten abzuthun, ausgiebig und mit dem nöthigen Muthe sich bedient, hat allerdings flüchtigen Lesern gegenüber den Vortheil, sich bei denselben als eine die Sache allein und besser verstehende Autorität einzuführen. Im Zweifel wird doch vorausgesetzt, daß sich diese Autorität Niemand selbst vindizire, sondern daß sie auf der Ansicht der Fachgenossen beruhe.

ſcheidungen von Behörden beibehalten, wenn ſie nicht Entſcheidungen der ordentlichen Gerichte ſind [8]). Es ſcheint faſt, als ob von Gaupp die Lage des Schriftſtellers mit der Stellung des Richters verwechſelt würde, welcher nicht ſelten eine abweichende Anſicht ebenſo kurz mit dem Wörtchen „Unrichtig“ zu beſeitigen pflegt.

Die zweite allgemeine der Einzelbeſprechung vorauszuſchickende Bemerkung enthält einen perſönlichen Vorwurf, welcher in den folgenden Ausführungen (I, 2. a. E. u. III, 2, 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 19, 24, 25) begründet wird und der Gaupp'ſchen Arbeit nicht erſpart werden kann. Nicht eben ein kleiner Theil der Gaupp'ſchen Anathematiſirungen abweichender Anſichten oder fremder Arbeiten iſt nur dadurch plauſibel gemacht, daß ſie durch unrichtige oder unvollſtändige Wiedergabe der angeblich

---

Auch fehlt es nie an ſchadenfrohen Naturen, welche ſich an einem ſo derben „Abtrumpfen“ Anderer erfreuen. Derjenige aber, dem es um die objektive Wahrheit und Vollſtändigkeit zu thun iſt, wird ſich nur in den ſeltenſten und nur in ganz zweifelloſen Fällen ſowohl auf dem Katheder als in Druckſachen dieſer Form der Abfertigung bedienen.

8) Vgl. Gaupp S. 27 N. 3, wo die Frage erörtert wird, ob die landesgeſetzlichen Vorſchriften, welche gegen beſtrafte Perſonen Aufenthaltsbeſchränkungen geſtatten, insbeſondere alſo die hierauf bezüglichen Beſtimmungen in Art. 11 und 19 des revidirten Bürgerrechtsgeſetzes vom 4. Dezember 1833 noch Geltung haben. Die allerdings von einzelnen Schriftſtellern beſtrittene Anſicht, daß dieſe Frage zu bejahen iſt, beruht darauf, daß der dieſe landesgeſetzlichen Vorſchriften aufrechterhaltende § 3 Abſ. 2 des Freizügigkeitsgeſetzes durch Art. II. des Einf.-Geſ. zu dem Str.G.B. nicht berührt wird, da die in Frage ſtehenden landesgeſetzlichen Vorſchriften nicht eine Materie betreffen, welche Gegenſtand des Strafgeſetzbuchs iſt, ſondern den Polizeibehörden die Vollmacht zu einer Beſchränkung des in dem Freizügigkeitsgeſetze, nicht in dem Strafgeſetzbuch, geregelten Rechts der freien Aufenthaltsnahme ertheilen. Dieß hat der Geheimerath in ſeiner Entſcheidung v. 26. April 1876 und neuerdings der Verwaltungsgerichtshof durch Entſcheidung vom 5. April 1882 (ſ. dieſes Archiv oben S. 330 ff.) wiederholt ausgeſprochen. Nach der bezeichneten Gewohnheit wird auch dieſer richterliche Ausſpruch einfach als „unrichtig“ erledigt, als ob er hiemit (durch die Gaupp'ſche Autorität natürlich) aus der Welt geſchafft wäre. Vgl. ferner Gaupp S. 23, N. 1.

zu berichtigenden Behauptungen das Angriffsobjekt im Widerspruch mit der Wahrheit sich erst geschaffen haben.

Schließlich ist einleitungsweise noch als eines auffallenden Umstandes der Art und Weise Erwähnung zu thun, in welcher sich Gaupp speziell mit dem Staatsrecht von Sarwey beschäftigt. Niemals vergißt er, wo er dasselbe berichtigen zu können glaubt, selbst wo er sich hätte sagen können, daß nur ein Druckfehler oder eine ungenaue Ausdrucksweise vorliegt, hierüber in irgend einer Form möglichst Lärm zu schlagen. Wo er aber derselben Ansicht ist, was sehr oft und in wichtigen Prinzipienfragen zutrifft, selbst dann, wenn das Staatsrecht von Sarwey zuerst eine von andern abweichende Ansicht aufgestellt hat, welche von ihm akzeptirt ist [9]), wird trotz zahlreicher sonstiger Zitate anderer Schriftsteller niemals das Staatsrecht von Sarwey genannt, offenbar, um urbi et orbo klar zu machen, daß diesem Buche wenigstens von Seiten des neuesten und besser unterrichteten Bearbeiters des Württemb. Staatsrechts eine Autorität überhaupt nicht beigemessen werde.

Zum Glück kann der Angegriffene die Anerkennung von dieser Seite entbehren. Aber nicht verübeln werden es die Leser des Archivs, wenn zum Zwecke der Abwehr, doch sine ira et studio, dem Gaupp'schen Buche in diesen Blättern eine eingehendere Besprechung zu Theil wird, als die Bedeutung desselben für sich und nach der bisherigen Übung in diesen Blättern rechtfertigen könnte.

I) Zunächst soll die Gaupp'sche Kritik einzelner Württembergischer Gesetze und Einrichtungen, deren Kenntniß zur Beurtheilung der das Buch beherrschenden Tendenz wesentlich ist, besprochen werden.

1) S. 207 wird die Organisation der freiwilligen Ge-

9) Es wird gebeten, zum Beweis hiefür nur beispielsweise zu vergleichen: Sarwey B. 2, S. 65 N. 2 mit Gaupp S. 69 N. 6; Sarwey B. 2 S. 83 N. 7 mit Gaupp S. 72 N. 1; Sarwey B. 2 S. 147 Zus. 1 mit Gaupp S. 125; Sarwey B. 2 S. 147 N. 11 mit Gaupp S. 125 N. 2; Sarwey B. 2. S. 165 N. 25 mit Gaupp S. 128 N. 3; Sarwey B. 2 S. 219 N. 6 mit Gaupp S. 142 N. 2; Sarwey B. 2 S. 71 mit Gaupp S. 167 u. s. w.

richtsbarkeit erörtert. Bekanntlich ist es eine Eigenthümlichkeit Württembergs, daß die Organe der kommunalen Selbstverwaltung (der Gemeinderath und Ausschüsse desselben) zur Besorgung des Unterpfands-, Theilungs- und Vormundschaftswesens, jedoch in der Regel mit Unterstützung sachverständiger Berufsbeamter und unter steter Aufsicht und Kontrolle der Amtsgerichte berufen sind. Diese uralte Einrichtung Württembergs, welche beweist, daß sich der Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung in Württemberg niemals ganz unterdrücken ließ, hat die Landes-Gesetzgebung seit mehr als 60 Jahren beherrscht und in der durch sie gegebenen Entwicklung ein bequemes, regelrechtes und die Aufgaben lösendes Funktioniren der berufenen Organe ermöglicht. Kein Wunder, daß dieselbe populär ist, wie die Kammer der Abg. schon mehrmals aus Anlaß der gesetzgeberischen Verhandlungen über die Reichsjustizgesetze und das deutsche bürgerliche Gesetzbuch beschlossen hat, die Regierung aufzufordern, mit allen Mitteln auf die Erhaltung dieser Einrichtung hinzuwirken [10]). Es ist hier nicht der Ort, die sachlichen Gründe dieser Beschlüsse näher zu beleuchten. Daß Gaupp ein Gegner dieser Einrichtung ist und dieser seiner Ansicht, wo er Gelegenheit findet, Ausdruck gibt, wird ihm Niemand verübeln. Man kann ja die Überzeugung haben, daß nur die Gerichte zur Besorgung dieser Angelegenheiten befähigt sind. Allein wie vertheidigt nun Gaupp diese seine Ansicht? Man lese S. 207 die Note 3, welche wörtlich folgt:

> Die Aufrechterhaltung dieser Einrichtung, bei welcher so wichtige Funktionen wie z. B. das Hypothekenwesen von Behörden, welchen jede Befähigung zu dieser Funktion abgeht, auf eigene Verantwortung — thatsächlich aber durch gesetzlich aufgenöthigte Hilfsbeamte — besorgt werden, erklärt sich nicht allein durch das Festhalten an historischen Zuständen und durch das Streben, den Hypothekarkredit durch die subsidiäre Haftbarkeit der Gemeinde-

10) Verh. der K. der Abg. von 1875/76 Pr.B. 4 S. 2283—85, 2294, 2296—97; von 1877/79 Pr.B. 4 S. 2900—2912. Zweimal wurden von der Kammer der Abgeordneten, das erstemal mit 62 gegen 17, das zweitemal mit allen abgegebenen Stimmen Beschlüsse im Sinn der Aufrechterhaltung dieser altwürttembergischen Einrichtungen gefaßt.

räthe (eine rechtliche Anomalie [11]) zu heben, sondern vor Allem durch den Umstand, daß die sehr erheblichen Gebühren für einzelne Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Einkommen der Gemeinderathsmitglieder, welche sonst ihre politische [12]) Funktion im Ehrendienste verrichten, bilden müssen.

Die Entdeckung dieses versteckt das Motiv eigennüziger Absichten imputirenden Grundes der Popularität jener Einrichtungen war dem L.G.R. Gaupp vorbehalten. In den langen Erörterungen über den Gegenstand, namentlich in den Verhandlungen der Kammer der Abg., findet sich nicht die entfernteste Andeutung hievon, wie auch in Wahrheit die fraglichen Gebühren, abgesehen von den größeren Städten, in welchen die Mittel zu anderweitiger Dotirung der Gemeinderathsstellen nicht fehlen würden, von verhältnißmäßig so geringem Betrag sind, daß sie bei Uebergang dieser Geschäfte und des hiemit verbundenen Gemeindeaufwands auf den Staat leicht entbehrt werden könnten. Ebenso ungeeignet, um einen möglichst milden Ausdruck zu gebrauchen, erscheint es, den Gemeindebehörden „jede Befähigung" zu den fraglichen Funktionen abzusprechen. Wie wäre es denn möglich gewesen, diese hochwichtigen Geschäfte durch gänzlich unfähige Organe seit unvordenklicher Zeit zur Zufriedenheit der Betheiligten besorgen zu lassen? Die Gemeindebehörden Württembergs werden es dem Verfasser wenig Dank wissen, daß er ihnen vor aller Welt dieses Unfähigkeitszeugniß ausgestellt hat.

2) Nicht weniger falsch und geradezu verlezend für die Württemb. Gesezgebung und Regierung ist es, was Gaupp über die Bildung des Kompetenzgerichtshofes behauptet. S. 75 wird dieselbe nach dem Gesetz v. 25. Aug. 1879 richtig dargestellt. Der Kompetenzgerichtshof besteht aus 7 Mitgliedern, drei Mitglie-

11) Haftbarkeit wofür? In dieser Allgemeinheit des Ausdruckes liegt eine Verdunkelung des wahren Sachverhalts. Haftbar sind die genannten Behörden nur für eine fehlerhafte, dolose oder culpose, Geschäftsbesorgung. Ist diese Haftpflicht eine rechtliche Anomalie und nicht vielmehr der Ausfluß eines allgemein geltenden Grundsatzes?

12) Haben denn die Württembergischen Gemeindebehörden eine politische Funktion?

der oder wenn der Vorsitzende nicht dem Oberlandesgericht angehört, vier Mitglieder, werden aus der Zahl der Mitglieder des Oberlandesgerichts, die übrigen Mitglieder aus dem Verwaltungsgericht oder aus der Zahl derjenigen berufen, welche im höheren Verwaltungsdienste stehen oder gestanden sind. Der Vorsitzende und die Mitglieder werden für die Dauer des zur Zeit der Ernennung bekleideten Amtes oder falls ein Mitglied zu dieser Zeit ein Amt nicht bekleidet, auf Lebenszeit durch den König ernannt. Eine Enthebung vom Amte kann außer dem Falle, wenn sie die Folge der Enthebung aus einem schon zur Zeit der Ernennung bekleideten Amte ist, nur unter denselben Voraussezungen, wie bei den Mitgliedern des Reichsgerichts erfolgen. Hiezu macht Gaupp folgende Anmerkung:

„Diese, wie die Motive ergeben, mit der Absicht einer landesgesetzlichen Interpretation des Reichsgesetzes (!) [13]) getroffene Bestimmung war ebenso unrichtig, wie unberechtigt. Die Folge ist, daß jetzt als Präsident des Württemb. Kompetenzgerichtshofs ein Mitglied des Geheimeraths fungirt, welches als solches nicht einmal unter dem gesetzlichen Schutze eines nicht richterlichen Beamten steht, sondern jeden Augenblick nach freiem Ermessen des Königs entlassen werden kann. (V.-U. § 57, vgl. auch Art. 3 letzter Abs. d. Ges. v. 16. Dez. 1876). Also das direkte Gegentheil von demjenigen, was das Reichsgerichts-Verf.-Gesetz a. a. O. (§ 17 d. R.-G.-V.-G.) bestimmt hat."

Wer ohne genauere Prüfung diese Bemerkungen liest, wird erstaunt darüber sein, daß die Württembergische Regierung und die sämmtlichen Mitglieder der Württemb. Ständeversammlung, welche diesen Bestimmungen des Entwurfs ohne jede Diskussion und ohne jedes Bedenken zugestimmt hat, die Normativvorschriften des Reichsgerichtsverfassungsgesetzes so wenig verstanden oder so wenig beachtet haben, daß das gerade Gegentheil von demjenigen, was das Reichsgesetz bestimmt, landesgesetzlich verfügt wurde. Dies ist doch nicht wahrscheinlich und bei aller Achtung vor dem juristischen Wissen Gaupps vermögen wir doch seinen Anspruch, daß seine Rechtsauffassung mehr gelte als diejenige der Württemb. Regierung und der Württemb. Stände-

13) Das Ausrufungszeichen ist nicht hier beigefügt.

verſammlung, nicht anzuerkennen. Wenn aber das Württemb. Geſez den Normativvorſchriften des Reichs-Ger.-Verf.-Geſ. entſpricht, ſo konnte ein Mitglied des Geheimeraths, als ein in dem höheren Verwaltungsdienſte ſtehender Beamter, zum Mitglied und ebenſo, da dieß das Geſez nicht nur nicht ausſchließt, ſondern ausdrücklich vorbehält, zum Vorſizenden des Kompetenzgerichtshofes ernannt werden [14]). Ein Blick auf § 17 des R.G.V.G. läßt auch ſofort erkennen, daß das Württembergiſche Geſetz ſich durchaus im Einklang mit dieſen Normativvorſchriften befindet und daß die Gaupp'ſche Einwendung einfach grundlos iſt. Der § 17 cit. beſtimmt, daß „die Mitglieder des Kompetenzgerichtshofes für die Dauer des zur Zeit ihrer Ernennung von ihnen bekleideten Amtes berufen werden", nicht aber, was Gaupp ohne jede Berechtigung ſupponirt, daß die Enthebung eines zum Mitglied des Kompetenzgerichtshofs ernannten Beamten von dem Hauptamte nur unter den Vorausſetzungen der Enthebung von einem Richteramte erfolgen könne. Der zweite Saz des § 17 Z. 1 des R.G.V.Geſ., daß eine „Enthebung vom Amte" nur unter denſelben Vorausſezungen wie bei den Mitgliedern des Reichsgerichts ſtattfinden könne, bezieht ſich nur auf das Amt in dem Kompetenzgerichtshofe, da andernfalls der erſte allgemeine Saz durch den zweiten wieder aufgehoben würde. Dieß iſt es, was in den Motiven zu dem Entwurf, auf welche Gaupp Bezug nimmt, geſagt iſt. Eine Vergleichung mit landesrechtlichen Vorſchriften der anderen Bundesſtaaten über die Bildung der Kompetenzgerichtshöfe beweist, daß der § 17 allſeitig, außer von Gaupp, ebenſo aufgefaßt wird, wie dieß in Wahrheit die einfachſte Logik ergibt [15]) [16]).

3) S. 32 findet ſich die Bemerkung, daß auf Eingriffe der

14) Das Bayeriſche Geſetz beruft allerdings ausdrücklich zum Vorſitzenden des Competenzgerichtshofes ein Mitglied des höchſten Landesgerichts oder des Oberlandesgerichts. Allein dieſe partikularrechtliche Beſtimmung gilt nur für Bayern. Die Normativvorſchriften des § 17 des R.G.V.G. enthalten hievon Nichts.

15) Sollte vielleicht die individuelle Abneigung Gaupps gegen den Competenzgerichtshof das Urtheil getrübt haben? Gaupp hatte kurz

Staatsgewalt in die Privatrechtssphäre, welche nicht die Abtretung von Rechten zum Gegenstand haben, der Schuz des § 30 d. V.U. keine Anwendung finde. Dieß ist ganz selbstverständlich. Denn der § 30 spricht eben nur von der Zwangsabtretung von Eigenthum und anderen Rechten, folglich kann er auf andere Eingriffe der Staatsgewalt in die Privatrechtssphäre keine Anwendung finden. Gaupp aber bemerkt hiezu:

> N. 4. Eine traurige Lücke der württembergischen Gesetzgebung. Die Praxis des frühern württembergischen Obertribunals und des jetzigen Oberlandesgerichts wendet auf solche Eingriffe, selbst wenn dadurch das Grundeigenthum gänzlich entwerthet wird, die Grundsätze des römischen Rechts über opus publicum an (Württ. Arch. B. 13, S. 262 ff.), und negirt jede Entschädigungspflicht der Staatsgewalt, z. B. bei Versumpfung des benachbarten Areals durch Anlegung von Bahndämmen u. s. w.

Bekanntlich ist die angeführte Thesis ein gemeinrechtlicher Grundsaz (vgl. Seuffert Archiv B. 5. S. 155 und die sonstige a. a. O. S. 263 N. 28 angef. Literatur). Man kann also doch nicht von einer „traurigen Lücke des Württemb. Rechts"

---

vor der Berathung des Entwurfs eines Gesetzes über die Competenzkonflikte eine Ausführung veröffentlicht, worin er mit der ihm eigenen Sicherheit verkündigte, daß die Errichtung eines eigenen Competenzgerichtshofs ebenso unnöthig als verwerflich sei. Es ist bekannt, daß die Nothwendigkeit dieser Institution nicht allein von der Gesetzgebung aller deutschen Staaten und der meisten nichtdeutschen Staaten, sondern auch, neuerdings wenigstens, allgemein von der Wissenschaft anerkannt ist.

16) Ganz unmotivirt und nur durch eine unrichtige Wiedergabe einer Stelle in dem Staatsrecht von Sarwey plausibel gemacht ist der bei diesem Anlaß gegen den letzteren erhobene Vorwurf, daß von ihm bei Erörterung des Competenzgerichtshofs „der Sachverhalt unterdrückt sei, und einfach bemerkt werde: „„die Mitglieder stehen unter den Garantieen des Richteramts"". Die betreffende Stelle (B. 2. S. 323) lautet, nach Anführung der Berufung von vier Mitgliedern aus dem Oberlandesgericht: „Der Vorsitzende und die Mitglieder werden für die Dauer des zur Zeit der Ernennung bekleideten Amtes oder falls ein Mitglied zu dieser Zeit ein Amt nicht bekleidet, auf Lebenszeit ernannt. Im Uebrigen stehen sie unter der Garantie des Richteramts." Die entscheidenden und Alles richtig stellenden Worte „Im Uebrigen" läßt Gaupp einfach aus. Es gibt keinen zutreffenden parlamentarischen Ausdruck zur Bezeichnung dieses mehrmals sich wiederholenden Verfahrens.

ſprechen. Wenn übrigens nach dieſer klaſſiſch kurzen Bemerkung, welche eine andere Auffaſſung nicht zuläßt, die Meinung Gaupps iſt, daß alle Eingriffe der Staatsgewalt in die Privatrechtsſphäre unter die Grundſäze der Zwangsenteignung geſtellt werden ſollten, ſo beweist dieß eine große Unklarheit über die Aufgaben der Staatsverwaltung und ein geringes Verſtändniß für die neuerdings in dem Vordergrund der Geſetzgebung und wiſſenſchaftlichen Diskuſſion ſtehende prinzipielle Feſtſtellung der den Befugniſſen der Staatsgewalt durch die Privatrechtsſphäre der Einzelnen zu ziehenden Schranken. Das geringe Verſtändniß für dieſe Frage des öffentlichen Rechts [17]) zeigt ſich im Einklang mit dieſen Bemerkungen auch S. 34, wo wir dem Satze begegnen, daß

> „die Staatsgewalt berechtigt ſei, kraft ihres Hoheitsrechts über alle innerhalb des Staatsgebiets befindlichen Sachen" zur Wahrung öffentlicher Intereſſen in die Privatvermögensrechte einzugreifen.

Hier kehrt die längſt veraltete und aufgegebene Lehre von einem beſonderen Rechte des Staats über alle in ſeinem Gebiet befindlichen Sachen wieder. Einer Widerlegung bedarf dieſer Satz nicht [8]).

Die beigefügte Behauptung, daß „in dieſer Beziehung die Reichsgeſetzgebung auf einem weſentlich verſchiedenen Standpunkt ſtehe, indem ſie bei Eingriffen in die Vermögensintereſſen, auch wo keine Zwangsenteignung i. e. S. vorliege, vollſtändige Entſchädigung gewähre," kann nur bezwecken, wiederum zu zeigen, wie ſehr der Württembergiſche Staat im Gegenſatz zum Reich noch in veralteten Rechtsanſchauungen des vormärzlichen Polizeiſtaats begriffen ſei. Wenn die Württemb. Geſetzgebung auf irgend einem Rechtsgebiete zurückgeblieben iſt, iſt es natürlich ganz in der Ordnung, hierauf hinzuweiſen. Allein der Gegenſatz,

17) Wir empfehlen Gaupp ein gründliches Studium der hierauf bezüglichen neueren und neueſten Litteratur, ſo namentlich Sarwey, öffentl. Recht S. 387 ff., Löning, Verw.Recht S. 255, Ulbrich, Oeſterr. St.R. S. 105.

18) Vgl. Pözl, Bayer. Verf.R. S. 110, Sarwey, Württemb. St.R. B. 1. S. 249.

welchen Gaupp in der angeführten Stelle zwischen der Reichs- und Landesgesetzgebung finden will, besteht nicht. Nach Reichsgesetzen sind ebensowohl einzelne Eingriffe die Staatsverwaltung in die Privatrechtssphäre gestattet, für welche keine Entschädigung gewährt wird, wie die Württemb. Gesetzgebung bezüglich einzelner Eingriffe außer dem Falle des § 30 d. V.U. Entschädigungsansprüche gewährt. Zum Beweis hiefür ist auf Sarwey, Oeffentl. Recht, S. 388 ff. und auf dessen Staatsrecht B. 1 S. 245 ff. 268 ff., insb. nicht allein auf die von Gaupp angeführten Art. 7 und 8 der B.O. v. 6. Okt. 1872, sondern auch auf den noch in Geltung befindlichen Art. 10 der Gew.O. v. 12. Feb. 1862 Bezug zu nehmen. Daß aber die „Verwaltung" eine Entschädigung „konsequent ablehnt", wenn ein Anspruch hierauf im Gesetze nicht begründet ist, kann ihr nicht, wie von Gaupp geschieht, zum Vorwurf gemacht werden, sondern ist ihre Pflicht.

4) S. 213 wird das Gesetz vom 17. Dec. 1849 betr. die Aufhebung des zwischen dem Staate und dem fürstl. Hause Thurn und Taxis bestehenden Lehensverbandes hinsichtlich der K. Posten erwähnt, welches unter Berufung auf § 39 der Grundrechte von 1848, § 171 der R.Verf. v. 28. März 1849 bestimmt hat, daß der Lehensverband aufgehoben sei und die Postverwaltung unter Zuerkennung einer noch zu ermittelnden Entschädigung an den Württembergischen Staat zurückfalle. Hiezu bemerkt Gaupp:

> N. 1. Eine merkwürdige Begründung, da aus der Anwendung des § 39, wie schon das interimistische Reichsministerium des Innern hervorgehoben hatte, im Gegentheil die Allodifikation der Post im Besitze des Fürsten Taxis und die Aufhebung des staatlichen Obereigenthums zu folgern gewesen wäre.

Auch hier versucht Gaupp der württembergisch Gesetzgebung das Konzept zu korrigiren, aber wiederum am unrechten Orte. Denn auf das klarste hatte der § 39 der Landesgesetzgebung die Vollmacht ertheilt, von welcher das erwähnte Gesetz Gebrauch macht, indem derselbe bestimmt hat:

> Aller Lehensverband ist aufzuheben. Das Nähere über die Art und Weise der Ausführung haben die Gesetzgebungen der Einzelstaaten anzuordnen.

Dem Gesetze stand überdieß der Art. 17 d. B.A. insofern zur Seite, als derselbe das „Postregal oder eine angemessene Entschädigung“ dem fürstl. Hause Taxis zugesichert hat. Die Schwierigkeiten, welche dieses Gesetz bei dem wiederhergestellten Bundestag fand, beruhten bekanntlich auf diesem Art. 17 der d. Bundesakte und hatten mit der Auslegung des § 39 der Grundrechte, welcher sehr deutlich Alles Weitere der Landesgesetzgebung anheim gab, Nichts zu thun. Bekanntlich ist auch später durch den Vertrag v. 22. März 1851 das Verhältniß im Wesentlichen dem angefochtenen Gesetze gemäß nur mit der dem § 17 cit. entsprechenden Modifikation geordnet worden, daß die Entschädigungssumme vor der Aufhebung des Rechts vertragsmäßig festgesetzt wurde.

5) S. 33 bemerkt Gaupp zu dem richtigen Satze, daß über die Nothwendigkeit der Zwangsabtretung der Geheimerath entscheidet:

> N. 3. Der Rechtsschutz ist in dieser Beziehung in Württemberg ein sehr geringer; der Geheimerath hat sich, wie Sarwey a. a. O. konstatirt, seit 1819 noch niemals in Widerspruch gesetzt mit den Anträgen der Regierung, also noch niemals einen von dieser befürworteten Enteignungsantrag abgelehnt. An die nach Art. 75 d. B.O. vom 6. Oktober 1872 festgestellten Ortsbaupläne, wenn dieselben die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erhalten haben, hält sich derselbe für gebunden, obgleich hievon in der B.U. kein Wort steht; vgl. auch Art. 7 Abs. 3. der B.O. von 1872.

Indem der Verfasser von einem Rechtsschuz in der bezeichneten Richtung spricht, beweist er eben, daß ihm das Wesen der Zwangsenteignung in ihrer prinzipiellen Grundlage nicht ganz klar ist. Nicht Individualrechte sollen durch die Entscheidung über die Nothwendigkeit der Zwangsenteignung geschützt werden, sondern es sollen nur Garantieen dafür gegeben werden, daß die Zwangsenteignung im wirklichen öffentlichen Interesse verfügt wird [19]). Wenn sodann unter Berufung auf das Zeugniß von Sarwey [20]) behauptet wird, daß sich der Geheimerath noch niemals mit den Anträgen der Regierung in Wider-

19) Näher ist dieß begründet von Sarwey, Oeff. Recht. S. 75.
20) Württ. A. B. 21 S. 217.

ſpruch geſetzt habe, ſo iſt zunächſt richtig zu ſtellen, daß an der Stelle, auf welche Gaupp ſich bezieht, dasjenige nicht geſagt iſt, was Gaupp behauptet. Die betreffende Stelle lautet vielmehr: „Ein Fall, in welchem der Geheimerath den Antrag einer Staatsbehörde aus dem Grunde, weil das Unternehmen kein allgemeiner Staatszweck ſei, — abgewieſen hätte, iſt dem Verfaſſer nicht bekannt". Falſch iſt es ſodann hieraus zu folgern, daß die Berufung des Geheimeraths ohne alle Bedeutung (nicht für den „Rechtsſchuz", der hier nicht in Frage ſteht, wohl aber) für die Wahrung der geſetzlichen Beſchränkung der Zwangsenteignung auf die Kolliſion der öffentlichen mit den Privat-Intereſſen ſei. Denn abgeſehen davon, daß bekanntlich auch noch andere Fragen von dem Geheimerath als Zwangsenteignungsbehörde zu entſcheiden ſind, iſt doch einleuchtend und a. a. O. ausdrücklich beigefügt, daß die angeführte Thatſache nur beweist, daß niemals ein Antrag geſtellt wurde, welcher aus dem bezeichneten Grunde als unbegründet hätte zurückgewieſen werden müſſen. Wenn endlich der Verfaſſer beifügt, daß ſich der Geheimrath an die nach Art. 75 d. B.O. feſtgeſtellten Ortsbaupläne für gebunden erachtet, ſo iſt dieß rechtlich und thatſächlich begründet. Nach dem Zuſammenhange mit dem vorangehenden Satze ſcheint aber Gaupp zu glauben, daß der Enteignungsbehörde auch die ſachliche Prüfung der nach dem Geſetze endgiltig feſtgeſtellten Ortsbaupläne aus Anlaß von Zwangsenteignungsanträgen zu vindiziren ſei, was ganz abgeſehen von der legislativen Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit den klaren Beſtimmungen der Bauordnung entgegen wäre [21]).

21) S. 33 behauptet Gaupp, die Praxis des Geheimeraths bezüglich der Beurtheilung des Erforderniſſes der Nothwendigkeit der Abtretung ſei „äußerſt lax", da auch die relative Nothwendigkeit, d. h. die überwiegende Zweckmäßigkeit als genügend erkannt werde. Sofern hiemit angedeutet wird, daß die Praxis von der wirklichen Abſicht des Geſetzgebers abweiche, hätte dieſer Vorwurf näher begründet werden ſollen. Die Behauptung Gaupps beruht offenbar auf der Ausführung von Sarwey a. a. O. S. 204, und der dort mitgetheilten Entſcheidung des Geheimeraths vom 22. Mai 1875, welche nicht ſo lautet, wie Gaupp referirt. Die Auslegung, welche der Geheimerath mit Recht dem § 30 der V.U. gibt, iſt dort aus der Natur der Sache näher begründet.

6) Aus Anlaß der Beſprechung des Württemb. Geſ. vom 30. Jan. 1862 betr. das Verhältniß der Staatsgewalt zur katholiſchen Kirche wird S. 256 N. 4 Folgendes bemerkt:

> Bis jetzt hat ſich dieſes Geſetz noch in keiner Richtung erprobt. Daß ſeither der kirchliche Frieden in Württemberg erhalten blieb, iſt nicht dem Geſetze, das allerdings gegenüber dem früheren Zuſtande der katholiſchen Kirche große Einräumungen machte, ſondern wohl mehr der politiſchen Situation in Deutſchland ſeit 1866 und der damit zuſammenhängenden Konnivenz beider Theile zuzuſchreiben.

Es iſt hier nicht der Ort, über dieſe Anſichten mit Gaupp zu rechten. Zwei Bemerkungen können jedoch nicht unterdrückt werden. Einmal iſt es eigenthümlich, von einem ſeit 22 Jahren in Geltung befindlichen Geſetze, welches, wenn wir nicht irren, niemals, außer in der Verwahrung der Kurie, angefochten und vielfach in dem bekannten Streite über die preuß. Maigeſetze auch von ſtaatlicher Seite als zweckmäßig anerkannt wurde, zu behaupten, „es habe ſich noch in keiner Richtung erprobt“. Sodann wäre es im öffentlichen Intereſſe wünſchenswerth, daß Gaupp, welcher der Regierung die „Konnivenz“ gegen kirchliche Anſprüche imputirt, was doch den Vorwurf einer Nichtbeachtung beſtehender Vorſchriften oder ſtaatlicher Intereſſen involvirt, die einzelnen Thatſachen bezeichnen würde, auf welche er dieſes ſein Urtheil ſtützt.

II) Nach dieſen Proben der Gaupp'ſchen Polemik gegen einzelne Württembergiſche Inſtitutionen und Rechtsübungen geht der Ref. auf die Beziehungen derſelben zu dem Württemb. Staatsrecht von Sarwey über. Da es ſich hiebei vielfach um abweichende Rechtsanſichten handelt, ſo hat dieſe Erörterung vielleicht auch ein objektives Intereſſe. Wenn es nicht ganz vermieden werden kann, dabei das ſubjektive Gebiet zu berühren, ſo entſpricht dieß zwar nicht ſeinem perſönlichen Geſchmack, iſt ihm aber durch die Art und Weiſe der Gaupp'ſchen Polemik aufgenöthigt.

Von ſämmtlichen von Gaupp dem Staatsrecht von Sarwey imputirten „Unrichtigkeiten“ [22]) muß der Ref. zwei

22) Daß Gaupp demſelben auch nicht einmal einen offenbaren Druckfehler ſchenkt, ihm vielmehr als „Irrthum“ aufrechnet (S. 18 N. 1), ſoll Gaupp nicht verübelt werden. Es iſt richtig und die Leſer ſind gebeten, dieß

als begründet und zwei als scheinbar begründet insofern anerkennen, als durch eine unvollständige oder ungenaue Ausdrucksweise der Schein einer Unrichtigkeit entstehen konnte, wie sich aus folgender Zusammenstellung ergibt.

1) B. 1 S. 148 des Staatsrechts v. Sarwey ist der Art. 2 des Württemb. Niederlassungsvertrags mit der Schweiz v. 18. März 1869 erwähnt, während dieser Vertrag allerdings durch den Niederlassungsvertrag zwischen dem deutschen Reich und der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 27. April 1876 (R.-G.-Bl. von 1877 S. 8) aufgehoben (Art. 11) und ersetzt ist. Sachlich ist durch den letzteren Vertrag in dem nach dem Württemb. Vertrag begründeten Verhältniß der beiderseitigen Staatsangehörigen Nichts Wesentliches geändert.

2) B. 1 S. 359 ist statt der Worte „die Aufstellung der Urliste der Geschworenen" zu lesen „die Aufstellung der Geschworenenliste". Daß diese Liste von der durch den Amtsrichter zu fertigenden Urliste zu unterscheiden ist, weiß ja doch Jedermann und Gaupp hätte daher nicht nöthig gehabt, Sarwey zu imputiren, (S. 175 N. 6), daß er „die Urliste mit der Vorschlagsliste verwechselt habe".

3) B. 1 S. 136 ist gesagt: „In Strafsachen kann der König nicht als Zeuge aufgerufen werden", nicht aber, wie Gaupp S. 56 N. 5 referirt, daß „der König nur in Strafsachen von der Zeugnißpflicht befreit sei". Allerdings aber hätte,

---

zu berichtigen, daß in dem Staatsrecht von Sarwey I. S. 27 statt „sechs" Landgerichte zu setzen ist „acht Landgerichtsbezirke". Daß der Verfasser sich hierüber nicht im Irrthum befand, wird einer Versicherung nicht bedürfen und ergibt sich aus B. 2. S. 334, b, wo die acht Landgerichte namhaft gemacht sind. Bei diesem Anlaß mag es gestattet sein, eine Anzahl weiterer Druckfehler zu berichtigen, auf welche, wie dankend beigefügt wird, in der wohlwollenden und anerkennenden Besprechung von Herrn Oberbürgermeister v. Hack in der Tübinger Zeitschrift für Staatsw. (1884) S. 810—818 aufmerksam gemacht ist. B. 1. S. 42 N. 2 ist statt „Wächter, Württemb. Pr.R." Wächter, Pandekten, S. 175 Z. 18 v. o. statt „April" „August", Z. 23 v. o. statt „August" „Oktober", S. 219 statt „12. März" „2. März", statt „7. April 1878" „8. April 1876", S. 220 statt „2. November" „6. November", S. 237 statt „1849", „1879" S. 423 Z. 19 v. o. statt „Juni" „Januar" zu setzen. S.

um ein nach dem bekannten unrichtigen Schluße e contrario mögliches Mißverständniß auszuschließen, eine andere Faſſung gewählt oder ausdrücklich beigefügt werden ſollen, daß dieſe Befreiung auch in bürgerlichen Rechtsſachen Platz greift.

4) B. 1 S. 349 iſt der Inhalt des Art. 1. Abſ. 1 des Geſetzes vom 6. Juli 1849 bezüglich der gemeindebürgerlichen Wahlberechtigungen wörtlich angeführt. Die Beſtimmung, daß das Gemeindewahlrecht den volljährigen Gemeindegenoſſen zuſteht, blieb auch nach dem Geſetz vom 30. Juni 1865, welches das Alter der Volljährigkeit auf 23 Jahre beſtimmte, in Geltung. Es iſt jedoch richtig, worauf ſchon früher in der Zeitſchr. für freiw. Gerichtsbarkeit aufmerkſam gemacht wurde, daß dieſes Zitat unvollſtändig iſt, ſofern durch das Geſetz vom 7. März 1873, durch welches das Alter der Volljährigkeit auf 21 Jahre herabgeſetzt wurde, in Art. 2 ausdrücklich das Alter von 23 Jahren als Bedingung der gemeindebürgerlichen Wahlrechte beibehalten wurde. Ob dieſe Lücke die Entrüſtung Gaupps, welcher hiezu bemerkt, „ganz unrichtig Sarwey I S. 349, der die Volljährigkeit entſcheiden läßt!!“ rechtfertigt, kann dem Urtheil aller billig Denkenden überlaſſen bleiben, wenn dabei die Maſſe von neuen und da und dort zerſtreuten geſetzlichen Vorſchriften, welche Sarwey erſtmals ſyſtematiſch zu verarbeiten hatte, berückſichtigt wird.

III. Nach Ausſcheidung dieſer wenigen Punkte, in welchen eine Berichtigung oder Ergänzung einiger größtentheils nebenſächlicher Aufſtellungen als erforderlich anerkannt wird, muß Ref. gegenüber Gaupp durchaus an den von dieſem angefochtenen Sätzen feſthalten, da er ſie nach wiederholter Prüfung als begründet erkannt hat. Allgemein muß aber gegen die Form dieſer Abfertigungen Verwahrung eingelegt und dieſer Art der Polemik alle und jede Berechtigung beſtritten werden. Die folgende Aufzählung und Beſprechung der einzelnen Gaupp'ſchen Behauptungen wird dieſe Abwehr als eine berechtigte erkennen laſſen.

1) S. 22 N. 1 erklärt Gaupp unter Berufung auf Laband Handb. II. 1. S. 33 N. 3 die Anſicht von Sarwey, daß ein Staatsangehöriger aus dem Gebiete ſeines Heimathſtaats nicht ausgewieſen werden könne, ohne weitere Begründung für unrichtig. Ref. hält dieſen a. a. O. I S. 150 aufgeſtellten

Saz trotz der Anathematisirung Gaupps auch gegen die Auktorität von Laband fest. Der Wortlaut des Freizügigkeitsgesetzes vom 1. Nov. 1871 (§ 3 und § 12) läßt vielleicht jeder dieser zwei Ansichten Raum. Allein was soll denn aus Demjenigen werden, welcher nach § 3 zufolge der Laband'schen Ansicht aus jedem deutschen Staat, also auch aus seinem Heimathstaate ausgewiesen werden könnte? Konnte das Reichsgesetz vernünftigerweise einen solchen gesetzlichen Zwang zur Landstreicherei einführen?

2) S. 24 N. 1 sagt Gaupp:

> Zu welchen Sonderbarkeiten die principielle Behandlung der staatsbürgerlichen Rechte unter dem Gesichtspunkte der Freiheitsbeschränkung führt, zeigt recht anschaulich Sarwey, St.R. I. S. 173. der unter andern Grundrechten auch das Grundrecht „Nichts zu thun" und „Nichts zu lernen" statuirt.

Einer Vertheidigung gegen diesen Angriff bedarf es nicht. Ref. kann hiegegen statt alles Weiteren auf die Ausführung über die Grundrechte a. a. O. S. 173—179 und auf den über die Beschränkungen der Freiheit der Person durch Zwang zur Arbeit handelnden § 50 verweisen, welcher das Mißfallen Gaupps erregt hat. Ob das dort Gesagte eine „Sonderbarkeit" ist, kann getrost dem Urtheil der Wissenschaft anheimgestellt werden. Nur darf man nicht alles dasjenige sonderbar finden, was nicht in die angelernte Schablone passen will.

3) S. 25 und 26 polemisirt Gaupp gegen die Ausführung von Sarwey über das Verhältniß der Befugnisse des § 89 der V. U. zu reichsgesetzlichen Normen. Sarwey B. 1 S. 279 zeigt, daß es nach § 89 d. V.-U. zulässig ist, in Zeiten des Kriegs oder innerer Unruhen durch Nothverordnung das Versammlungs- und Vereinsrecht zu beschränken, die Ausübung der vollziehenden Gewalt, namentlich der Polizei anderen als den ordentlichen Vollziehungsorganen zu übertragen, statt der ordentlichen Gerichte außerordentliche (Militär-)Gerichte zur Rechtsprechung zu berufen, auch die Vorschriften des Preßgesetzes vom 7. Mai 1874, nicht aber diejenigen des Paßgesetzes vom 12. Okt. 1867 provisorisch zu suspendiren und abzuändern. Hiegegen wird von Gaupp behauptet, für Württemberg habe der Eintritt in das Reich die „wichtige Folge gehabt, daß jener viel erörterte § 89 d. V.-U.,

welcher aller scheinbaren Verfassungsgarantien ungeachtet die Aufrechterhaltung des ganzen öffentlichen Rechtszustandes von dem durch keine formellen Schranken gehemmten Ermessen der Staatsregierung abhängig mache, wenigstens der Reichsgesetzgebung gegenüber seine Geltung verloren habe [23])". Gegen Sarwey speziell ist folgender Zusatz gerichtet:

> Das Gegentheil behauptet Sarwey; allein sein Vorbringen, daß die Reichsgesetzgebung mit einziger Ausnahme des Preßwesens (der § 2 des Preßgesetzes vom 12. Oktober 1867 soll nemlich nicht eine Consequenz aus Art. 2 der R.V., sondern eine Ausnahmebestimmung sein!) den Landesregierungen das Recht eingeräumt habe, die Reichsgesetze unter der in § 89 der V.U. enthaltenen Voraussetzung außer Wirkung zu setzen, ist eine Aufstellung, welche namentlich durch § 16 des G.V.G. nicht unterstützt wird, da letzterer nur auf Art. 68 der R.V. bez. auf die neben der letzteren bestehende Gesetzgebung von Bayern und Elsaß-Lothringen sich bezieht. Richtig ist nur, daß durch § 30 des Preßgesetzes — die bestehenden besonderen Bestimmungen — aufrecht erhalten sind."

In dieser Bemerkung werden wiederum (s. oben S. 412 N. 16) Sarwey wahrheitswidrig Behauptungen unterstellt, beziehungsweise unterschoben, welche er nicht aufgestellt hat. Wo hat Sarwey behauptet, daß der § 2 des Paßgesetzes nicht eine Konsequenz aus Art. 2 d. R.-Verf., sondern eine Ausnahmebestimmung sei? Im Gegentheil ist dort die oben referirte Ansicht auf die Erwägung gestützt, daß auf den bezeichneten Gebieten reichsgesetzliche Normen nicht bestehen oder von der Reichsgesetzgebung selbst der Staatsgewalt der Einzelstaaten die Befugniß zu Ausnahmemaßregeln vorbehalten sei, § 16 des R.-G.-Verf.-Ges. § 30 des Preßgesetzes, was jedoch bezüglich der Paßvorschriften nicht zutreffe. Daß sich der angef. § 16 d. R.-G-V.-Ges. nicht bloß, wie Gaupp behauptet, ausschließlich auf den Art. 68 d. R.-Verf., sondern auch auf das Landesrecht bezieht, folgt aus dem Wortlaut und wird von Mohl [24]), Thilo [25]), Struckmann-Koch [26]) als zweifellos behandelt. Was aber das

23) Vgl. hiezu unten Z. 25.
24) D. R.St.R. S. 85 ff.
25) Kommentar des Ger.Verf.Ges. S. 37, N. 4.
26) Kommentar S. 995, N. 3.

Gesetz als der übereinstimmende Wille des Staatsoberhaupts und der Ständeversammlung, das kann auch die Nothverordnung nach § 89 d. Württemb. V.-Urk. in vorübergehender Weise bestimmen. Was Gaupp vorbringt, bedarf hienach keiner weiteren Widerlegung. Es handelt sich gar nicht, wie Gaupp die Sache darstellt, um eine Außerkraftsetzung von Reichsgesetzen, also nicht um den Art. 2 der R.-Verf., sondern um Maßregeln, welche entweder auf einem reichsgesetzlich nicht geordneten Gebiete liegen oder zu welchen die Reichsgesetze selbst die (gesetzgebende oder verordnende) Einzelstaatsgewalt ermächtigt haben.

4) S. 50 behandelt Gaupp die Grundsätze der Ebenbürtigkeit. Was er hiezu in N. 2 über die Ebenbürtigkeit des fürstlichen Hauses Thurn und Taxis bemerkt, ist ein ungenaues und leicht irreführendes Referat aus Mohl Staatsrecht, B. 1 S. 165 N. 7. Ein näheres Eingehen hierauf kann an diesem Ort unterbleiben. Dagegen ist auch hier zu rügen, daß Gaupp, welcher im Anschluß hieran gegen Sarwey Staatsrecht B. 1 S. 45 polemisirt, zuerst demselben eine Behauptung unterschiebt, welche sich dort nicht findet, und dann dieses Produkt als eine ganz unrichtige Behauptung abfertigt. Gaupp sagt a. a. O. N. 2:

> „Dagegen ist die Ansicht von Sarwey I. S. 45, daß auch neugräflichen Häusern auf Grund des Art. 14 der B.A., sofern sie Standesherrn seien, die Ebenbürtigkeit zukomme, ganz unrichtig; denn die Bundesakte hat den Standesherrn keine weiteren Rechte eingeräumt, als diejenigen, welche sie bis zur Auflösung des deutschen Reichs besaßen."

Die Stelle des Staatsrechts von Sarwey, welche hier allein in Betracht kommen kann, lautet:

> Dem Ausgeführten zufolge sind als ebenbürtig diejenigen Ehen zu betrachten, welche Mitglieder des K. Hauses entweder unter sich oder mit Mitgliedern eines andern regierenden Hauses oder eines Hauses, welches ein Recht zur Regierung früher besessen und nur durch gewaltsame Besitzentsetzung verloren hat, oder mit vollberechtigten (ebenbürtigen) Mitgliedern solcher Häuser, welchen laut Art. 14 der deutschen Bundesakte das Recht der Ebenbürtigkeit in dem bisher damit verbundenen Begriff zugestanden ist. Dieß sind die im Jahr 1806 und seitdem mittelbar gewordenen, reichsständischen, fürstlichen und reichsgräflichen, Häuser, welche zu dem hohen Adel Deutschlands gezählt werden.

Diesen letzteren Satz verkehrt Gaupp in die obige Behauptung, welche schon an sich und ganz abgesehen von der Bedeutung für die Frage der Ebenbürtigkeit sinnlos wäre, da sie einen Zirkel in der Beweisführung enthalten würde. Der Satz aber, welcher sich wirklich in dem Staatsrecht von Sarwey findet, bleibt von der Einwendung Gaupps ganz unberührt und ist unanfechtbar, wenn man die von Gaupp allerdings gar nicht gewürdigte Ausführung in N. 8 a. a. O. berücksichtigt [27]). Darüber, ob die „neugräflichen Häuser" ebenbürtig im Sinne des Art. 14 sind oder nicht, wurde von Sarwey absichtlich Nichts bemerkt, weil eine kasuistische Erörterung dieser und anderer speziellen Fragen aus dem deutschen Privatfürstenrecht, wie N. 9 ausdrücklich beigefügt ist, über die Aufgabe eines Württemb. Staatsrechts hinausgegangen wäre.

5) Was Gaupp S. 53 N. 3 gegen die Ausführungen von Sarwey zu den die Reichsverweſung betreffenden §§ 11—13 der V.-U. vorbringt und wobei er diesem wieder einen Irrthum imputirt und sogar über die Entstehung dieses Irrthums sichere Auskunft giebt, ist eine der stärksten Leistungen dieser Art. Alles, was hier Gaupp gegen Sarwey vorbringt, beweist, ganz abgesehen von der Unterschiebung einer von diesem nicht aufgestellten Behauptung [28]), daß Gaupp dessen Ausführungen nicht verstanden hat oder nicht verstehen wollte. Was Sarwey ausführte, Gaupp jedoch gar nicht gewürdigt hat, ist im Wesentlichen Folgendes: Die Vorschriften des § 13 finden auf andere Fälle als den in diesem § bezeichneten Fall der Verhinderung an der Regierung keine Anwendung. Dieß wird aus dem Wortlaut des § 13, nicht aus der allerdings der Gesetzeskraft entbehrenden (Sarwey Staatsrecht, B. 1 S. 10 N. 24) Ueber-

27) Vgl. hiezu insbes. Zöpfl, D. Staatsrecht, B. 2, S. 283 Z. V, 1—3.

28) Gaupp versetzt durch das in Klammern gesetzte Citat „Sarwey I. S. 58" den Leser in die Meinung, daß dort die von ihm als Irrthum und nach der Erklärung seiner Entstehung als grobe Unwissenheit bezeichnete Ansicht, es seien alle Fälle der außerordentlichen Stellvertretung durch § 13 der V.U. „erschöpft", von Sarwey aufgestellt sei. Das gerade Gegentheil hievon ist a. a. O. gesagt.

schrift des § 13 gefolgert. Für die Minderjährigkeit sind weitere Vorschriften über die Einsetzung der Regentschaft außer der in § 11 enthaltenen entbehrlich; nicht aber für andere Fälle, da hier stets die Vorfrage über die Nothwendigkeit der Reichsverweſung nach thatsächlichen Verhältnissen ebenso wie im Falle des § 13 zu prüfen ist. Dieß ist eine Lücke in der Verfassung. Ueber die Art und Weise, wie diese Lücke in dem Staatsrecht von Sarwey zu ergänzen versucht wird, kann man verschiedener Ansicht sein [29]). Gaupp hat jedenfalls Nichts zur Lösung dieser Frage beigetragen, sondern nur bewiesen, daß er hieran nicht gedacht hat.

6) S. 58 lehrt Gaupp unter Berufung auf die Zeitschrift von Präs. von Boscher B. 25 S. 286 ff., daß zur Aenderung des Familiennamens die Genehmigung der Kreisregierung erforderlich sei. Hiegegen hat Sarwey schon früher [30]) und in s. Staatsrecht I S. 98 ausgeführt, daß in Württemberg eine gesetzliche Vorschrift, daß der Familienname nur mit staatlicher Genehmigung geändert werden könne, nach Aufhebung des Art. 50 des Pol.Str.G. von 1839 zur Zeit fehle. Die angef. Mittheilung in der Zeitschrift von Boscher berührt diese Frage nicht, da die dort veröffentlichten Verfügungen nicht über diese gesetzliche Pflicht sich aussprechen. Gleichwohl fertigt Gaupp, statt die Gründe für jene Ansicht zu widerlegen, dieselbe mit dem bekannten „unrichtig" ab. Trotz der gegentheiligen Behauptung Gaupps hält Ref. die früher angeführten Gründe für seine Ansicht für durchschlagend, und diese für die richtige. Die Unstichhaltigkeit der Berufung auf Nr. 52 des Sporteltarifs von 1880 gegen dieselbe ist a. a. O. N. 9 dargethan, was Gaupp allerdings nicht verhindert, diese Berufung zu reproduziren.

7) S. 61 wird behauptet, daß die Vorschrift des § 16 des Hausgesetzes von 1828, wornach die Mitglieder der Königlichen Familie zum Aufenthalt außerhalb Württembergs der Erlaubniß des Königs bedürfen, durch das Reichsgesetz über die

29) Vgl. die oben erwähnte Anzeige in der staatsw. Zeitschr. (1884) S. 815.

30) Öffentliches Recht S. 434, 435.

Freizügigkeit aufgehoben sei, soweit es sich um den Aufenthalt in einem deutschen Staate handle. Die gegentheilige Ansicht von Sarwey, B. 1 S. 100 N. 5 wird wieder einfach für unrichtig erklärt. Würde diese Beschränkung der persönlichen Freiheit der Mitglieder des K. Hauses auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen beruht haben, so wäre die aus dem Freizügigkeitsgesetz gezogene Folgerung zweifellos richtig. Allein dieselbe beruhte auf dem besonderen Familienverhältniß, sie enthielt schon bei ihrer Einführung eine Abweichung von einem allgemeinen staatsbürgerlichen Rechte [31]). Daß das Reichsgesetz solche aus einem persönlichen Familienverhältniß folgende Beschränkungen nicht berührt hat und nicht aufheben wollte, ergiebt sich aus der einfachen Erwägung, daß man andernfalls behaupten müßte, es sei auch das Recht des Vaters und des Vormundes, den Aufenthaltsort der Kinder oder Pflegbefohlenen zu bestimmen, durch dasselbe aufgehoben, was noch Niemand behauptet hat. Wenn für die gegentheilige Ansicht geltend gemacht wird, daß das angef. Reichsgesetz einen Vorbehalt in der bezeichneten Richtung nicht gemacht habe, so ist hiegegen auf § 1 Abs. 2 zu verweisen, welcher eine Erläuterung zu dem ersten Satze dahin giebt, daß der Deutsche weder durch die Obrigkeit seiner Heimath noch durch die Obrigkeit des neuen Aufenthaltsortes außer den im Gesetze vorbehaltenen Fällen in der freien Wahl des Aufenthaltsortes beschränkt werden dürfe. In der Ausübung der Befugniß des § 16 cit. handelt der König nicht als „Obrigkeit", sondern als Familienoberhaupt. Das Reichsgesetz hat also nach dem angef. Absatz bezüglich dieser Befugniß Nichts bestimmt.

8) S. 66 behauptet Gaupp, daß die Gebührenfreiheit des Staatsoberhaupts bezüglich des internen Telegraphenverkehrs aus § 18 III und IV d. Tel.-O. vom 23. Juni 1881 hervorgehe, was nach N. 1 Sarwey und Riecke „übersehen" haben sollen.

31) Dieß ist auch gegen Baur im Württemb. Gerichtsblatt, B. 21. S. 335 zu bemerken, welcher die Ansicht, daß der § 16 cit. durch das Reichsgesetz für den Aufenthalt in einem andern deutschen Staate nach dem Reichsgesetz aufgehoben sei, doch nicht mit derselben souveränen Sicherheit, wie Gaupp, vertritt. (Der § 16 „dürfte nach Baur als fortbestehend nicht zu erachten sein".)

Der angef. § 18 enthält jedoch kein Wort von der Gebührenfreiheit des Staatsoberhauptes, es war also kein Ueberſehen, wenn derſelbe nicht angeführt wurde, vielmehr iſt die Berufung Gaupp's auf jenen Paragraphen unbegründet.

9) S. 73 iſt ausgeführt, daß früher die Eröffnungen des Königs an die Stände durch den Geheimerath erlaſſen wurden und dieſe ihre Mittheilungen an den König durch den Geheimerath zu bringen hatten, wobei der Geheimerath die Anträge der Stände ſelbſtändig zu begutachten gehabt habe. Dieß ſoll nach N. 4 Sarwey B. 2 S. 117 ganz überſehen haben, was wieder falſch iſt. S. 116 a. a. O. iſt dieſe Funktion des Geheimeraths ausdrücklich hiſtoriſch erwähnt. Eine wiederholte Hinweiſung auf dieſe Funktion an der von Gaupp angeführten Stelle war jedoch ganz überflüſſig, da das allein entſcheidende Moment die angeführte Thatſache iſt, daß der Geheimerath, auch in den ſpeziell bezeichneten Funktionen der Vermittlung des Verkehrs zwiſchen König und Ständen, nur eine berathende Behörde war. Wenn ſodann N. 5 die Darſtellung von Sarwey als eine „höchſt einſeitige" bezeichnet wird, ſo kann Ref. das Urtheil hierüber ruhig erwarten. Mit Gaupp wird er ſich auf dieſem Gebiete nie verſtändigen.

10) S. 74 belehrt Gaupp die Welt, daß das Staatshandbuch, auf welches ſich Sarwey II S. 311 berufe, keine Rechtsquelle ſei, als ob dieß Sarwey behauptet hätte. Hat doch auch Gaupp ſelbſt an vielen Stellen das Staatshandbuch angeführt. Die Berufung auf das Staatshandbuch a. a. O. hatte ihren guten Grund darin, daß hiedurch die herrſchende Auffaſſung beſtätigt wird.

11) Ueber die Gegenzeichnung der Geſetze und Verordnungen durch die ſämmtlichen Mitglieder des Staatsminiſteriums bemerkt Gaupp S. 75 N. 2:

> Nothwendig iſt dieß aber nicht; verfaſſungsmäßig genügt die Gegenzeichnung des Reſſortminiſters; unrichtig Sarwey II. 120.

Sarwey bemerkt a. a. O. N. 1.

> Die Gegenzeichnung aller mitwirkenden Miniſter iſt die aus der Bildung des Staatsminiſteriums gezogene Folge, welche als Verwaltungsnorm ſeither eingehalten wird.

Wo steht die angeblich unrichtige Behauptung, daß die Gegenzeichnung aller Mitglieder des Staatsministeriums verfassungsmäßig nothwendig sei? Ist nicht für Jeden erkennbar das Gegentheil gesagt? Was gesagt ist, wird außer von Gaupp von Niemand in Zweifel gezogen werden, wie auch ein Blick in das Regierungsblatt seit 1876 beweist.

12) S. 77 N. 4 behauptet Gaupp, eine von der seinigen abweichende Darstellung von Sarwey öff. Recht, S. 26 vgl. Staatsrecht B. 2 S. 323 ff. über die frühere Berufung des Geheimeraths zur Verwaltungsrechtsprechung, „als ob in Württemberg schon seit 1819 eine besondere unabhängige Verwaltungsrechtsprechung bestanden habe," entspreche dem wirklichen Sachverhalte nicht. Der Geheimerath war nach Gaupp „Alles, nur kein selbständiges Organ der Rechtspflege". Also selbständig ist nach Gaupp Niemand, als wer unter den Garantieen des Richteramts steht. Hat etwa Sarwey behauptet, die Mitglieder des Geh.-Raths seien unter diesen Garantien gestanden? Wo ist in der Darstellung von Sarwey eine Abweichung von dem wirklichen Sachverhalte? Mit solchen allgemeinen Redensarten wird Nichts bewiesen.

13) S. 80 findet sich folgende N. 2:

> Daß Sarwey II. S. 310 annimmt, der Staatsanwalt gehöre an sich zum vollen Rathe des Oberlandesgerichts ist merkwürdig (s. Ausfg. z. G.-V.-G. Art. 16!).

Die betr. Stelle lautet:

> Der Disciplinarhof ist a) für richterliche Beamte der volle Rath des Oberlandes-Gerichts mit Ausschluß des Staatsanwalts.

Dieser Beisatz „mit Ausschluß des Staatsanwalts" war dadurch veranlaßt, daß nach dem Württ. Rechte vor dem R.-G.-V.-G. der Staatsanwalt Mitglied des Gerichts war (Art. 27 d. Württ. R.-G.-V.-Ges.). Daß er Mitglied des vollen Raths nach dem R.-G.-V.-G. sei, ist nicht gesagt. Vielmehr mußte als bekannt vorausgesetzt werden, daß der Staatsanwalt deßhalb nicht Mitglied des Disciplinarhofs ist, weil er nicht Mitglied des vollen Raths des Oberlandesgerichts ist.

14) S. 83 wird die Frage erörtert, ob zur Giltigkeit der Gegenzeichnung eines Ministers erforderlich sei, daß die betr.

Verfügung zu seinem Ressort gehöre. Sarwey hat diese Frage aus Gründen, welche in der Sache selbst liegen, verneint und sodann einer Interpretation des § 51 d. V.-U. von Bitzer, welcher die abweichende Ansicht hat, eine andere Interpretation dieser Verfassungsbestimmung gegenüber gestellt. Hiezu bemerkt Gaupp, welcher sich v. Bizer hierin anschließt, S. 83 N. 2:

„Vergebens sucht Sarwey den klaren Wortlaut der V.-U. hinwegzuinterpretiren".

Es handelt sich aber nicht um ein „Weginterpretiren", sondern um die einfache logische Auslegung. Der Ansicht von Sarwey steht ein Bericht der staatsrechtlichen Kommission der Kammer der Abg. zur Seite, welcher a. a. O. erwähnt ist, von welchem jedoch Gaupp keine Notiz nimmt.

15) S. 86 N. 7 findet sich zu dem Satze, daß Beamter im Sinne des Beamtengesetzes auch eine Person sein könne, welcher nur ein vorübergehender Auftrag ertheilt sei, oder welche sich zeitweise außer Aktivität befinde, die Bemerkung: „Ungenau Sarwey II S. 259". Auf S. 259 ist hierüber Nichts zu finden. Es sollte wohl heißen S. 257 N. 3, wo gegen Laband bemerkt ist, daß, wenn die zu besorgende Geschäftsaufgabe eine vorübergehende sei, kein Amt bestehe und daß, wenn vorübergehend mit Staatsgeschäften beauftragte Personen in einzelnen Beziehungen als Beamte behandelt werden, dieß hierin Nichts ändert. Wo ist hier eine Ungenauigkeit und welche Darstellung ist genauer?

16) Gaupp ist (S. 88 N. 3) der Ansicht, daß durch § 2 d. R.-G.-V.-G. die Bestimmung der K. V.-O. vom 17. Juni 1818 § 2 und § 22 der K. V.-O. vom 25. April 1839, nach welcher die Zulassung zu der ersten höheren Dienst- (Fakultäts-)Prüfung im Justizdepartement durch den Nachweis eines einjährigen Studiums auf der Landesuniversität bedingt ist, „zweifellos aufgehoben" sei. Dazu wird wieder kurz bemerkt: „Unrichtig Sarwey II, 271", welcher unter Anführung jener Bestimmung noch in der Note beifügt, es sei zweifelhaft, ob sie nach § 2 Abs. 2 d. Ger.-V.-Ges. noch in Geltung sei. Uebrigens sprechen die überwiegenden Gründe für die formelle Geltung. Der § 2 d. R.-G.-V.-G. hat die Befugniß der Staatsgewalt

der Einzelstaaten, die nähere Einrichtung der Prüfung zu ordnen, insoweit nicht beschränkt, als das Erforderniß eines dreijährigen Studiums und eines 1½jährigen Studiums auf einer Universität des deutschen Reichs erfüllt wird. Strengere Bedingungen als die in § 2 enthaltenen vorzuschreiben, z. B. neben dem Studium der Rechtswissenschaft auch dasjenige der „Staatswissenschaft", statt einer 3-jährigen ein vierjähriges Studium, zu fordern, ist kein Einzelstaat durch die Reichsgesetzgebung verhindert [32]). Eine andere hier nicht zu beantwortende Frage ist, ob es den veränderten Verhältnissen angemessen ist, an jener Vorschrift festzuhalten.

17) S. 89 N. 1 findet sich gegen die von Sarwey B. 2 S. 267 vertretene Ansicht, daß der § 144 d. V.-U., welcher bei gleicher Tüchtigkeit die Bevorzugung der Landesangehörigen vorschreibe, durch Art. 3 d. R.-V. nicht berührt sei, da es sich um eine Verwaltungsmaxime handle, die Gegenbemerkung:

> Solche gesetzlich ausgesprochenen Verwaltungsmaximen wollten gerade durch Art. 3 der R.-V. aufgehoben werden, soweit es sich um Angehörige des deutschen Reichs handelt.

Es wäre gegen diese allerdings neue Auffassung des Art. 3 der R.-V. Nichts einzuwenden, wenn der Art. 3 der R.-Verf. nicht nur die Gleichstellung in den Zulassungsbedingungen gefordert, sondern auch die Verwaltungsgrundsäze, nach welchen die Anstellungen zu erfolgen haben, geregelt hätte. So lange dieß nicht geschehen, entzieht sich die Ausübung des Anstellungsrechts jeder Kontrole; es kann aber doch nicht die Absicht des Art. 3 der R.-Verf. gewesen sein, Verwaltungsgrundsäze, deren Anwendung sich jeder Kontrole entzieht, aufzuheben.

18) S. 95 N. 3 versichert Gaupp, in seinem Kommentar z. C.-Pr.-O. B. 1 S. 8. 9, die Unrichtigkeit der Ausführungen von Sarwey in dem Württ. Arch. B. 15 S. 53 bezüglich der gerichtlichen Kompetenzen bei Entschädigungsklagen gegen Beamte „nachgewiesen" zu haben, indem er zugleich „die neueste, wesentlich modifizirte Darstellung von Sarwey Staatsrecht, B. 2 S. 285

32) Struckmann-Koch, Kommentar S. 973, 974. N. 1—3 zu § 2 der R.G.V.G.

für „unhaltbar“ erklärt. Bekanntlich hat die von Sarwey a. a. O. vertretene Ansicht in einer ausführlichen Erörterung in den ständischen Verhandlungen über Art. 2 des Entwurfs des Gesetzes betr. die Verwaltungsrechtspflege von verschiedenen Seiten Unterstützung erfahren. Dabei ist die bestrittene Frage, in wieweit der Civilrichter namentlich auch gegenüber von Entscheidungen der Verwaltungsgerichte über die objektive Pflichtwidrigkeit eines Beamten im eigenen Ressort zu entscheiden habe, unentschieden geblieben. Diese Frage ist bis heute noch nicht entschieden. Nur hat sich in einigen Beziehungen die Sachlage durch das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege und die Reichsjustizgesetzgebung geändert, was selbstverständlich in späteren Erörterungen der Frage keine Modifikation der früheren Aufstellungen, wohl aber die Geltendmachung neuer Gesichtspunkte zur Folge hatte. Daß die Ausführungen von Gaupp in seinem Kommentar irgend einen neuen nicht längst erörterten Grund für die unbedingte Zuständigkeit des Civilrichters beigebracht hätten, ist zu verneinen und hiernach das von ihm selbst verkündigte Verdienst zu würdigen. In der Sache selbst kann der Ref. auf die früheren Erörterungen der Frage verweisen [33]), welche mindestens soviel ergeben, daß dieselbe nicht so einfach liegt, um die Aufstellungen in dem Staatsrecht von Sarwey mit der kurzen Behauptung der „Unhaltbarkeit“ abzufertigen.

19) S. 119 wird der in § 109 d. V.-U. enthaltene Grundsaz, daß

> ohne Verwilligung der Stände weder in Kriegs- noch in Friedenszeiten eine direkte oder indirekte Steuer ausgeschrieben und erhoben werden könne,

besprochen und hiezu in N. 2 die Bemerkung gemacht:

> Ueber den Versuch von Sarwey II S. 507, diesen seit 1819 in unumschränkter Geltung stehenden, in jedem Finanzgesetz zur Anerkennung gebrachten Grundsatz abzuleugnen, s. unten § 101.

33) Sarwey, öffentliches Recht, S. 302 ff. Verh. der K. der Abg. von 1875 76. B. 4. S. 2192 ff. Berner-Schäfer, das Verf. in bürgerl. Streitf. (1858) S. 86; Hohl, Ges. über die Verwaltungsrechtspflege S. 88 ff. Geßler, staatsw. Zeitschrift, B. 18, S. 730.

In § 101 wird sodann von Gaupp ausgeführt, daß auch die durch ein Gesez außerhalb des Etats nach dem Betrag und der Erhebungsart festgestellten Steuern ohne Verwilligung in dem Etat nicht erhoben werden dürfen. Doch macht Gaupp selbst für die Sporteln nach dem Sportelgesetze vom 24. März 1881 und dem Not.-Sportelges. vom 8. Juni 1883 eine Ausnahme, „da die Sporteln als Gegenleistung für gewisse spezielle Funktionen der Staatsorgane behandelt werden". Dieser Grund ist ebenso fadenscheinig, als die Berufung auf Art. 20 des erstgenannten Gesetzes, welches die Giltigkeitsdauer desselben auf die Zeit bis zur weiteren Verabschiedung auf dem ersten Landtag beschränkt hat, auf welchem nach vierjähriger Wirkung ein Etat berathen wird. Wenn der in § 109 ausgesprochene Grundsaz die Bedeutung hat, welche ihm Gaupp beilegt, so muß er auch auf die Sporteln und die Erbschafts- und Schenkungssteuer Anwendung finden. Denn in Wahrheit sind diese Abgaben indirekte Steuern. Der Ausdruck „Sporteln" kann doch nicht, wie dieß auch Gaupp selbst nicht behauptet, darüber entscheiden, ob der § 109 auf sie Anwendung findet. Der Grund der Nichtanwendbarkeit des § 109 auf die angeführten von Gaupp selbst ausgenommenen Abgaben kann hiernach nur der sein, daß das Gesez die Regierung in diesen Fällen zur Erhebung der Steuer außerhalb des Finanzgesetzes ermächtigt und dieser Grund trifft für alle durch Spezialgesetze nach Art und Betrag festgestellten Abgaben zu. Der Saz lex specialis derogat generali findet auch hier Anwendung. Die ständischen Verhandlungen über die neueren Sportelgesetze dienen dieser, in dem Staatsrecht von Sarwey, B. 2 S. 525, vertretenen und dort (vgl. eod. S. 511—514) näher begründeten Ansicht insofern mittelbar zur Bestätigung, als die Beschränkung dieser Gesetze auf eine bestimmte Zeitfrist, welche in Art. 20 cit. beschlossen, zu dem Erbschaftssteuergesetz v. 8. Juni 1883 versucht wurde, ganz überflüssig gewesen wäre, wenn die außer dem Etatsgesetz geregelten Steuern bei jeder Etatsberathung durch einseitige Nichtverwilligung der Stände beseitigt werden könnten, wie Gaupp behauptet Die von Gaupp selbst angef. Verhandlungen d. K. d. Abg. vom 11. Mai 1883, namentlich die Aeußerungen der Abg. Probst und Lenz, Prot. B. I S. 716 und 718 sind offenbar von der

der Gaupp'schen Behauptung entgegengesetzten Annahme ausgegangen. Man muß übrigens diese Frage, um sie richtig zu beantworten, im Zusammenhang mit der ganzen Lehre von dem ständischen Einnahme- und Ausgabenverwilligungsrechte untersuchen, was von Sarwey a. a. O. geschehen und worauf zu verweisen ist. Ausdrücklich ist dort auch der oben angeführte § 109 Saz 2 der Verf.-Urk. eingehend besprochen (S. 512) und betont, daß nach dieser Verfassungsbestimmung „sowohl bezüglich der auf Rechtstiteln und Gesetzen außerhalb des Finanzgesetzes begründeten Einnahmen und Ausgaben, als bezüglich der nur nützlichen Ausgaben und der nicht zuvor nach Art und Betrag festgestellten Steuern des Hinzutretens der formellen ständischen Genehmigung in dem Finanzgesetz bedürfe, durch welche die Staatsverwaltung zur Leistung, bezw. zum Einzug derselben ermächtigt werde". Gleichwohl wagt es Gaupp, gegen Sarwey den wahrheitswidrigen Vorwurf zu erheben, derselbe habe jenen Grundsaz „abzuleugnen" versucht.

20) S. 130 bemerkt Gaupp in N. 1, daß die Vorschrift des § 147, wornach die Wahl zum Abgeordneten auf Württemberger beschränkt ist, welche im Lande ihren Wohnsitz haben, auch für die ritterschaftlichen Wahlen gelte, daß „die Polemik von Sarwey B. 2. S. 186 N. 5 gegen Bizer S. 145 daher grundlos" sei. Sarwey hat seine Ansicht, daß der § 147 sich nicht auf die ritterschaftlichen Abgeordneten beziehe, auf die Stellung des § 147 in der Reihe der nur auf die Wahlen der Abgeordneten der Städte und Aemter bezüglichen Vorschriften und sodann auf den Ausdruck „Wahlmänner" gestützt, welcher in der Verf.-Urk. v. 1819 (vgl. § 149) nur von den Wählern der Städte und Oberämter gebraucht wird. Wenn die V.U. sagt, „die Wahlmänner eines Kreises, eines Oberamts oder einer Stadt" seien in Ansehung der Person nicht auf ihren Wahlbezirk beschränkt, so hat dieß auch nach der Auslegung von Sarwey einen guten Sinn; es ist damit ausgesprochen, daß der zu Wählende auch nicht in dem Kreise, welchem die Wähler angehören, wohnhaft sein muß. Unter „den Wahlmännern der Kreise" aber mit Gaupp die ritterschaftlichen Wähler verstehen zu wollen, ist an sich und nach dem Sprach-

gebrauch der V.U. ausgeschlossen, womit jeder Anhaltspunkt für die abweichende Ansicht fällt. Uebrigens hat sich Sarwey bezüglich der abweichenden Ansicht von Bizers darauf beschränkt, seiner Ausführung beizufügen „A. A. v. Bizer", was Gaupp eine „Polemik gegen Bizer" und noch dazu eine „grundlose" nennt.

21) S. 135 N. 2 meint Gaupp,

„die Behauptung von Sarwey, daß die Reichstagsabgeordneten durch Vorlegung der Wahlurkunde Sitz und Stimme im Reichstag bis zur Ungiltigkeitserklärung erlangen,"

sei ganz „neu". Die angeführte Bemerkung findet sich zur Klarstellung der abweichenden Vorschrift der Württemb. V.U., daß zu dem Eintritt in die Württemb. Ständeversammlung eine vorgängige (vorläufige) Legitimationserklärung erforderlich ist, beiläufig in einem kurzen Zwischensatze und ist sachlich vollkommen begründet. Es kann doch Niemand an den Verhandlungen des Reichstags als Abgeordneter Theil nehmen, dessen Wahl nicht urkundlich feststeht. Bekanntlich werden auch den Reichstagsmitgliedern von dem Bureau Legitimationskarten auf Grund der eingesandten Wahlakten (§ 35 des Wahlregl.) oder sonstiger Beweise zugestellt. Dieß geschah wenigstens zur Zeit des im Jahre 1874 erfolgten Eintritts des Ref. in den Reichstag. Allerdings enthält die Geschäftsordnung des Reichstages hierüber Nichts. Die Nothwendigkeit dieses Nachweises folgt jedoch aus der Natur der Sache.

22) S. 149 vindizirt Gaupp dem ständischen Ausschuß das unbedingte Recht,

„Vorstellungen, Verwahrungen und Beschwerden bei dem Staatsministerium einzureichen",

und fügt in der Note bei: Unrichtig Sarwey B. 2 S. 237. Eine Vergleichung des dort Gesagten mit den Bemerkungen Gaupps wird leicht erkennen lassen, wer Recht hat. Der dort vorgetragenen Einschränkung der fraglichen Befugniß steht der Wortlaut der V.U. § 187 und die Uebung des ständischen Ausschusses zur Seite.

23) S. 153 N. 3 wird der Staatsgerichtshof von Gaupp als „eine Strafbehörde" bezeichnet und beigefügt, daß was

Sarwey dagegen (wogegen?) B. 2 S. 248 bemerke, auf Verkennung des positiven Württemb. Rechts beruhe. Was Sarwey a. a. O. S. 247 und 248 gesagt hat, stützt sich im Gegentheil auf das positive Württemb. Recht. Ausdrücklich wird aus einzelnen Bestimmungen der V.U. die Auffassung begründet, daß das Verfahren kein strafrechtliches, sondern ein besonders qualifizirtes Disziplinarverfahren sei, „was allerdings in den Vorschriften der V.U., welche von einer Strafbefugniß des Staatsgerichtshofs spreche, nicht zum klaren Ausdruck gelangt sei," jedoch aus dem Verhältniß zu dem eigentlichen Strafverfahren und den zulässigen Strafarten folge. Wenn dieß eine „Verkennung, des positiven Württemb. Rechts" ist, wie Gaupp ohne eine Widerlegung behauptet, so hätten sich derselben auch die von Sarwey a. a. O. zitirten Württemb. Rechtsgelehrten, Hufnagel und Scheurlen schuldig gemacht.

24) S. 160 beantwortet Gaupp die von Sarwey B. 2 S. 9 eingehend behandelte Frage über die Befugniß der Regierung im Verordnungswege den Verkehr der Posten, Eisenbahnen und Telegraphen, insbesondere das Taxwesen zu regeln, dahin, daß die Regierung das Recht hiezu in Anspruch nehme, obwohl die K. d. Abg. diesen Gegenstand wiederholt für die Gesetzgebung reklamirt habe. Dieser Satz ist ungenau, was das geltende Recht bezüglich der Post- und Telegraphentaxen im Wechselverkehr betrifft und bezüglich der Eisenbahntarife ist die Kammer der Abg. zweimal zur Tagesordnung über die Frage übergegangen. In näherer Begründung und unter Berufung auf die Regelung der Taxen für die Post und die Telegraphen mit Ausnahme des internen Verkehrs durch die Organe des Reichs wird von Sarwey beigefügt:

> diese Streitfrage (zwischen Regierung und Ständen) hat durch die Begründung des deutschen Reichs in der Hauptsache ihre Bedeutung verloren.

Hierauf bezieht sich die von Gaupp a. a. O. beigefügte Note 4, welche lautet:

> „Die Behauptung von Sarwey, daß diese Frage durch die Reichsgesetzgebung ihre Bedeutung verloren habe, ist unrichtig.
>
> Die entscheidenden und jede Anfechtung ausschließenden

Worte „in der Hauptsache“ werden in dem Referat Gaupps über die angefochtene Bemerkung unterdrückt. Jedes weitere Wort hierüber ist überflüssig.

25) S. 164 behauptet Gaupp, eine unter Berufung auf die außerordentlichen Vollmachten des § 89 d. V.U. ergangene Königliche Verordnung, die sg. Nothverordnung habe „dieselbe Wirkung, wie ein mit den Ständen verabschiedetes Gesetz, bezw. wie ein Verfassungsgesetz; ihre Wirkung daure daher fort, bis sie im Wege der Gesetzgebung, also durch Zusammenwirken sämmtlicher Faktoren oder durch eine neue Nothverordnung aufgehoben oder abgeändert werde“. Eine Nothverordnung soll hienach dieselbe Wirkung wie ein Verfassungsgesetz haben können, wahrscheinlich dann, wenn sie eine Verfassungsbestimmung abändert oder außer Wirkung setzt. Die Folge wäre nach der Gaupp'schen Theorie, daß sie, sofern die Regierung selbst sie nicht durch eine neue Nothverordnung aufheben will, nur mit einer Mehrheit von zwei Drittheilen der Kammern im Wege der Gesetzgebung wieder aufgehoben oder abgeändert werden könnte. Da sie überdieß nach Gaupp bis zur Wiederaufhebung durch Gesetz oder Nothverordnung und zwar auch dann fortdauert, wenn die Stände ihre (spätere) Einwilligung derselben versagt haben, da zwar Ministeranklage erhoben werden kann, jedoch selbst eine Verurtheilung des Staatsgerichtshofs die Rechtsgiltigkeit der Nothverordnung nicht beseitigt, so wäre nach Gaupp das Staatsoberhaupt durch die Württemb. Verfassungsurkunde formell ermächtigt, unter Berufung auf § 89 d. V.U., d. h. mit der einseitigen Behauptung, daß der Fall dringend sei und dieß die Sicherheit des Staats fordere die ganze Verfassung aufzuheben und an deren Stelle eine neue Verfassung zu oktroyiren. Dieß ist die Lehre von Gaupp [34]). Wie sehr hat doch das ganze Württembergische Volk hiernach geirrt, als es im Jahr 1819 glaubte, durch die Promulgation der Verfassung einen gesicherten öffentlichen

34) Zum Beweis, daß die wirkliche Ansicht von Gaupp hiermit richtig wiedergegeben, nicht etwa ad absurdum geführt ist, wird sich auf die schon oben S. 421 Z. 3 referirte beiläufige Bemerkung Gaupps (St.R. S. 26) berufen, in welcher sich das Gesagte ausdrücklich bestätigt findet.

Rechtszuſtand im Sinne des Konſtitutionalismus erhalten zu haben. Der Abſolutismus iſt durch den § 89 in die Verfaſſung ſelbſt hineingeſetzt. Der die Oktroyirung einer neuen Verfaſſung kontraſignirende Miniſter kann zwar von dem Staatsgerichtshof ſeines Amts entſetzt, für unfähig zur Bekleidung öffentlicher Aemter erklärt werden, aber die oktroiyrte Verfaſſung beſteht formell zu Recht! So lehrt Gaupp. Hatte derſelbe wirklich keine Ahnung von dem Unrecht, welches er damit ganz abgeſehen von ſonſtigen ſtaatsrechtlichen und politiſchen Erwägungen den Gründern der Württemb. Verfaſſung, namentlich den Mitgliedern der verfaſſungsberathenden Verſammlung zufügt, indem er ihnen imputirt, einen ſolchen nicht nur konſtitutionellen, ſondern ſtaatsrechtlichen Nonsens acceptirt zu haben? Wie ſteht es aber mit der Begründung dieſer Behauptungen? Nicht einmal die wörtliche Auslegung des § 89 d. V.U. berechtigt zu dieſer Lehre. Die Befugniß „in dringenden Fällen zur Sicherheit des Staats das Nöthige vorzukehren", iſt doch nicht die Befugniß, Verordnungen unter Aufhebung von Geſetzen, ſelbſt Verfaſſungsgeſetzen mit der dauernden Wirkung eines mit den Ständen verabſchiedeten Geſetzes zu geben. Die in Anwendung dieſer Vollmacht ergehenden Verordnungen ſind vermöge ihrer Natur nach Inhalt der verfaſſungsmäßigen Vollmacht nur zu einer vorübergehenden Geltung beſtimmt. Dieß folgt aus dem Wortlaut des § 89. Es iſt alſo unvereinbar mit § 89, ihnen die Bedeutung dauernder Geſetze beilegen zu wollen. Wodurch die Zeitgrenze ihrer Geltung beſtimmt wird, ergibt ſich wiederum aus § 89 ſelbſt. Sie iſt begrenzt durch die Vorausſetzung der Dringlichkeit und der Gefährdung der Sicherheit des Staats. Daß jedoch darüber, bis zu welchem Zeitpunkt dieſe Bedingungen die Rechtsgiltigkeit der Nothverordnung rechtfertigen, die Regierung einſeitig entſcheide, wie Gaupp weiter behauptet, iſt wiederum eine Suppoſition, zu welcher der § 89 d. V.U. keinen Anhaltspunkt bietet. Es muß im Wege der Geſetzesauslegung dieſer Zeitpunkt feſtgeſtellt werden und die ſichere Grundlage hiefür gibt eben das Erforderniß der Dringlichkeit. Ein dringender Anlaß zu Erlaſſung einer Nothverordnung fehlt, wenn der Zweck auf dem ordentlichen Wege der Verabſchiedung mit

den Ständen erreicht werden kann. Hieraus folgt einerseits, daß die Stände berechtigt sind, die Vorlegung solcher Nothverordnungen zu fordern, andererseits daß mit der thatsächlichen Möglichkeit, das Erforderliche auf dem ordentlichen Gesetzgebungsweg vorzukehren, d. h. die Zustimmung der Stände zu dem Nothgesetz einzuholen, die Bedingung der Dringlichkeit wegfällt. Es ist nur eine logische Konsequenz hievon, wenn gelehrt wird, daß hiernach, falls die Stände die Nothwendigkeit der Nothverordnung verneinen und die Nichtanerkennung ihrer Rechtsgültigkeit beschließen, dieselbe aufhört, rechtlich wirksam zu sein. Denn eben hiemit ist einerseits der Beweis geführt, daß die Dringlichkeit nicht oder nicht mehr vorliegt, andererseits daß eine entsprechende Maßregel auf dem ordentlichen Weg der Gesetzgebung nicht ergehen kann. Dafür, daß diese auf dem Wege der grammatikalischen Auslegung gewonnene Ansicht über den Sinn des § 89 der wirklichen Absicht des Gesetzgebers entspricht, darf man sich ferner auf die innere Natur der Sache und auf die Entwicklung berufen, welche das Nothverordnungsrecht in den Konstitutionen anderer deutscher Staaten erfahren hat. Endlich steht dieser Auffassung die Württembergische Uebung zur Seite. Es kann seit Einführung der Verfassung keine Nothverordnung gefunden werden, welche länger, als dieß nach dem Obigen rechtlich zuläßig ist, aufrecht erhalten worden wäre. Die Preßverordnung v. 25. Dez. 1850, welche Gaupp als Beweis für seine Ansicht anführt, wurde von der Mehrheit der Kammer der Abg. nicht in ihrer provisorischen Rechtsgiltigkeit angefochten, vielmehr nur die Bitte an die Regierung um schleunige gesetzliche Regelung des Gegenstandes gestellt. (Verh. d. K. d. Abg. v. 1851—52 B. B. 1. S. 146 bis 149, Pr. B. I, S. 431.) Mit den obigen Grundsätzen steht also die Thatsache nicht im Widerspruch, daß diese Nothverordnung bis 1856 rechtlich in Geltung blieb. — Natürlich kann über alles gestritten werden, zumal in einer solchen auf dem Gebiete des politischen Lebens liegenden Frage, welche nicht immer frei von politischen Erwägungen und Parteiströmungen im einzelnen Falle behandelt werden wird. Es ist auch denkbar, daß einmal ein Ministerium die fortdauernde Giltigkeit einer

solchen Nothverordnung auch nach erhobenem ständischem Widerspruch gegen dieselbe behauptet. Mit Beziehung hierauf wurde in dem Staatsrecht von Sarwey B. 2 S. 20, wo die oben begründete Ansicht vertreten ist, in N. 3 beigefügt, daß „dieselbe nicht unbestritten, jedoch die herrschende, insbes. von Mohl, St.R. B. 1. S. 199, 200; G. Meyer, d. St.R. § 161, v. Gerber § 48 N. 6, v. Rönne § 47 z. vgl. § 101 Laband R.St.R. § 62 S. 149 vertreten sei." Auch v. Rönne wurde angeführt, weil das in andern deutschen Staaten geltende Recht immerhin zur Unterstützung der übereinstimmenden Auslegung einer auf dem gleichen Grund beruhenden Gesetzesvorschrift dient. Hiezu bemerkt Gaupp S. 164 N. 5.

> Die abweichende Darstellung von Sarwey S. 20 N. 3 entspricht dem wahren Sachverhalte nicht und ist auch was die Berufung auf v. Rönne, Laband und andere Rechtslehrer betrifft, ganz unbegründet.

Die Berufung auf Mohl und G. Meyer wird unterdrückt, bezw. mit dem Satze abgefertigt, sie sei ganz unbegründet. Zur Beurtheilung der Zuverlässigkeit dieser Gaupp'schen Behauptung folgt wörtlich, was Mohl a. a. O. sagt:

> Von selbst versteht es sich jedoch, daß, sobald die Ständeversammlung wieder zusammentritt, ihr die vorläufig erlassenen Verordnungen zur Prüfung und Bewilligung vorgelegt werden müssen, und daß ihre Giltigkeit in dem Augenblick aufhört, in welchem die Versammlung ihre Einwilligung verweigert.

Jedes weitere Wort über diese Probe Gaupp'scher Kritik ist überflüssig.

26) Sarwey bespricht B. 1 S. 155 die sociale Reichsgesetzgebung, insbes. das Unterstützungswohnsitzgesetz und bemerkt hiezu N. 6 nach Anführung der im Gefolge desselben hervorgetretenen Nachtheile:

> „Kein Wunder, daß dieser Theil der Reichsgesetzgebung als eine Verschlechterung der bisherigen Zustände in Württemberg verhorrescirt und eine bei gutem Willen nicht allzuschwierige Änderung, namentlich Rückkehr zu dem System der Heimatgemeinde in den Staaten, wo es bisher bestand, als Grundlage der Armenfürsorge verlangt wird."

Digitized by Google

Hiezu bemerkt Gaupp S. 172 N. 2:

> Die Bemerkung von Sarwey, daß es für das Reich bei gutem Willen nicht allzuschwierig wäre, — zu dem System der Heimatgemeinde in den Staaten, wo es bisher bestand, zurückzukehren, das von ihm „perhorrescirte" Princip des Unterstützungswohnsitzes [35]) zu beseitigen, beweist nur, wie wenig sich v. Sarwey die Aufgaben einer allgemeinen deutschen Gesetzgebung klar gemacht hat.

Weiß denn Gaupp nicht, daß der als möglich angedeutete Ausweg dem zweiten dem Bundesrath des nordd. Bundes vorgelegten und bei dem Reichstag von dem Bundespräsidium eingebrachten Entwurf dieses Gesetzes entspricht [36])? Der norddeutsche Bundesrath und das Bundespräsidium sind sich doch wohl über „die Aufgaben einer allg. deutschen Gesetzgebung" klar geworden und werden hierüber keiner Belehrung von Gaupp bedürfen. Der persönliche Angriff kann in seiner Werthlosigkeit auf sich beruhen bleiben.

27) S. 177 glaubt Gaupp, Sarwey, welcher B. 1 S. 342 N. 4 das Beisitzrecht als aufgehoben bezeichnet hat, dahin berichtigen zu müssen, daß

> die polizeiliche Zutheilung Heimathloser zum Beisitzrecht durch die Reichs- und durch die neuere Landesgesetzgebung beseitigt worden sei.

Der Art. 4 des Ges. v. 6. Juli 1849 bestimmt jedoch, daß die Aufnahme in das Beisitzrecht nicht mehr stattfindet. Hiernach ist der Satz richtig, daß das Beisitzrecht, nemlich als Institution aufgehoben ist, wenn auch früher erworbene Beisitzrechte nicht berührt wurden. Die zweifelhafte Frage, ob der nach dem Gesetz v. 1849 Zugetheilte das Bürgerrecht oder nur das Beisitzrecht erwerbe (vgl. Jäger, Bürgerrechtsgesetz, S. 31 N. 1 zu Art. 39), kann hier dahingestellt bleiben, nachdem „die

35) Nicht das Prinzip des Unterstützungswohnsitzes an sich ist angegriffen, sondern die Ausführung desselben, welche ohne Noth dem bisherigen Heimatrecht der süddeutschen Staaten, das der Landstreicherei entgegenwirkte, den Boden entzogen hat, auch soweit es sich um die Angehörigen dieser Staaten handelt.

36) § 2 Abs. 2 des Entwurfs und die Motive hiezu, Arnold, die Freizügigkeit und der Unterstützungswohnsitz, S. 78, 146, 151.

Zutheilung“ (nicht aber „die Zutheilung zum Beisitzrecht“) überhaupt aufgehoben ist.

28) S. 263 N. 2 fügt Gaupp der Erwähnung der Bekanntmachung der K. Entschließung vom 18. April 1871, betreffend die Nichtanerkennung der Beschlüsse des vatikanischen Konzils, wie solche in den dogmatischen Konstitutionen vom 24. April und 18. Juni 1870 zusammengefaßt sind, die Bemerkung an:

> „Wie man diese Bekanntmachung als eine „Anwendung“ des Placet (Art. 1) bezeichnen kann (Sarwey II S. 423), ist schwer begreiflich.“

Man muß allerdings schwer begreifen, wenn man nicht einsieht, daß die fragliche Bekanntmachung gar nichts anderes sein kann, als, wie von Sarwey a. a. O. gesagt wird, die Anwendung des Art. 1 des Gesetzes vom 30. Januar 1862. Meint vielleicht Gaupp, ein Non placet könne nicht ein Ausfluß des Genehmigungsrechts sein? Hat denn das Recht, zu genehmigen, das Placet, nicht eben seine Hauptbedeutung in dem Recht, nicht zu genehmigen? Gaupp mag doch sagen, auf welche gesetzliche Vorschrift jene Bekanntmachung sollte gestützt werden können, wenn nicht auf den angeführten Art. 1.

29) Die übrigen, hier nicht speziell besprochenen Noten Gaupps, S. 45 N. 5, S. 85 N. 4, S. 102 N. 5, S. 87 N. 3, 157 N. 3, in welchen angebliche Unrichtigkeiten in dem Staatsrecht von Sarwey behauptet werden, bedürfen keiner besonderen Besprechung. Die letztere Note betrifft eine praktisch zu untergeordnete Frage, als daß hierauf weiter einzugehen wäre. Die ersteren beruhen auf einer unrichtigen Auffassung des Gesagten, wobei zugegeben werden kann, daß eine vorsichtigere Ausdrucksweise den Angriffen besonders aggressiv gestimmter Naturen hätte begegnen können.

Diese Besprechung der Gaupp'schen Ausstellungen wird genügen, um zu zeigen, daß die Kritik Gaupps mit großer Vorsicht aufzunehmen ist und daß man gut daran thun wird, seine Behauptungen nicht ohne vorgängige genaue Prüfung und ohne Vergleichung mit der früheren Arbeit von Sarwey zu akzeptiren. Zugleich aber muß der Referent auch einen Nutzen anerkennen, welcher für das Staatsrecht von Sarwey aus

dieſer nicht eben wohlwollenden Behandlung von Seiten Gaupps erwächst. Bei der Emſigkeit, mit welcher Gaupp das Staatsrecht von Sarwey durchforſcht hat, um jede angreifbare Stelle deſſelben zu entdecken und bei der Unbarmherzigkeit, mit welcher jener ſelbſt auf einen offenbaren Druckfehler ſich geſtürzt hat, kann der letztere und kann die juriſtiſche Welt ſicher ſein, daß Alles, was irgendwie angreifbar ſchien, an das Tageslicht gezogen wurde. Jedermann iſt auch jetzt durch die vorſtehende gewiſſenhafte und vollſtändige Aufzählung der gemachten Ausſtellungen in die Lage geſetzt, das Wenige, was hiernach der Berichtigung oder Ergänzung bedarf (oben S. 417 Z. 1—4), richtig zu ſtellen. Schließlich darf darauf hingewieſen werden, eine wie große Zahl von zweifelhaften Fragen das geltende Staatsrecht der Einzelſtaaten, insbeſondere Württembergs, in Folge der Neugeſtaltung Deutſchlands in ſich ſchließt und daß dieſe ſämmtlichen zweifelhaften Fragen von Sarwey ein Jahr vor Gaupp erörtert und in einer Weiſe entſchieden wurden, daß Gaupp trotz ſeiner Neigung zur „Berichtigung" dieſe Entſcheidungen in der Regel und zum Theil in gleicher wörtlicher Begründung, akzeptirt (ſ. oben S. 407 N. 9).

IV. Natürlich hat bei dieſem Verhältniß der beiden Arbeiten der Referent mit Ausnahme der unter I und III beſprochenen Theile, wenig Anlaß der Arbeit von Gaupp im Einzelnen ſachlich entgegenzutreten. Es hat ihn im Gegentheil ganz bekannt und heimathlich angemuthet, was z. B. Gaupp über die ſg. Grundrechte S. 26 ff., über die Sonderrechte einzelner Klaſſen der Staatsangehörigen S. 37 ff., über Reichsverweſung und zeitweilige Stellvertretung, über die Ehrenrechte des Königs, über den Finanzetat und deſſen rechtliche Natur, über den Begriff der Staatsſchulden u. ff. vorträgt, wobei natürlich der Ref. nicht beabſichtigt, gegenüber der oben N. 5 erwähnten Bemerkung Gaupps zu behaupten, daß hiebei das Staatsrecht von Sarwey zur Grundlage gedient habe. Aber ſeiner Freude über dieſe Harmonie Ausdruck zu geben, wird ihm nicht verwehrt ſein. Gleichwohl wäre der Ref. in der Lage, da und dort der Gaupp'ſchen Darſtellung entgegenzutreten.

Beiſpielsweiſe wird in der geſchichtlichen Einleitung, welche

im Wesentlichen ein Auszug aus Frickers Geschichte der Württemb. Verfassung unter Mitberücksichtigung der Reyscher'schen Einleitung in die Staatsgrundgesetze ist, an die Spitze der Darstellung der altwürttembergischen Verfassung der Satz gestellt, der Charakter dieser Verfassung sei ein „rein privatrechtlicher gewesen". Bezüglich des Ausschusses wird gesagt, „im engsten Zusammenhang mit der privatrechtlichen Natur der ständischen Rechte und der Anwendung der reinen Grundsätze des Mandats auf die Vertretung der Korporationen in der Landschaft sei die Stellung desselben gestanden". Ferner werden die Stände „in ihrer Eigenschaft als Wächter der staatlichen zugleich die Garanten der kirchlichen Verfassung" genannt. Man begegnet hier einzelnen beiläufigen und zusammenfassenden Bemerkungen von Fricker, a. a. O. (S. 132 Z. 11 v. u. S. 127 Z. 15 v. u.), welche ein Schlaglicht auf die altwürttembergischen Zustände zu werfen ganz geeignet sind. Wenn aber diese kurzen Bemerkungen, wie bei Gaupp geschieht, prägnant und potenzirt an die Spize der eingehenden nur im Auszug wiedergegebenen Darstellung Frickers gestellt werden, so gewinnen sie eine andere Bedeutung und berechtigen zur Beifügung eines Fragezeichens. Wie kann denn eine die Regierungsbefugnisse über ein Land regelnde Verfassung einen rein privatrechtlichen Charakter haben und wer wird die heutigen Stände, weil sie auch berufen sind, die konstitutionellen Rechte der Volksvertretung gegenüber der Regierung zu wahren, „Garanten der konstitutionellen Verfassung des Staats" nennen, was ungefähr ebenso richtig wäre, wie die Bezeichnung der altwürttemb. Stände als „Garanten der kirchlichen Verfassung".

S. 16 § 2 I findet sich folgender Satz:

„Subjekt der Staatsgewalt ist der Staat selbst als die rechtliche Ordnung des in Württemberg lebenden Theils des deutschen Volkes."

In den gesperrt gedruckten Worten deckt sich diese Definition mit der Definition von Sarwey, B. 1. S. 30.

„Der Württemb. Staat ist die Organisation des in dem Staatsgebiet lebenden Theils des deutschen Volkes."

Wenn aber von Gaupp der Ausdruck „Organisation" durch die Worte „rechtliche Ordnung" ersetzt wird, so leuchtet sofort ein, daß diese Aenderung aus dem Staatsbegriff gerade das ausscheidet, was ihm wesentlich ist, nemlich die Hinweisung auf die Organe, durch welche das Volk handlungsfähig ist. Nach der Definition von Gaupp wird der Staat als „rechtliche Ordnung" wieder zu der Rechtsanstalt, womit freilich dann nicht vereinbar wäre, daß der Staat selbst „Subjekt der Staatsgewalt" sein soll.

S. 36 wird unter der Ueberschrift „das Petitions- und Beschwerderecht" gelehrt, daß das „unbedingte Beschwerderecht", wie es in § 36 d. V.U. garantirt worden sei, durch die neuere Gesetzgebung, insbes. das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege v. 16. Dec. 1876 „wesentliche Modifikationen und Beschränkungen" erfahren habe. Als eine solche Beschränkung wird die Rechtsbeschwerde des Art. 13 des Ges. über die Verwaltungsrechtspflege aufgeführt und beigefügt, daß „in allen andern Fällen, in welchen die Voraussetzungen der Rechtsbeschwerde nicht vorliegen, die sg. Verwaltungsbeschwerde bis zu den Ministerien stattfinde". Diese Behauptung verwirrt eine einfache Sache. Daß die Rechtsbeschwerde des Art. 13 des angef. Ges. eine Beschränkung des Beschwerderechts des § 36 enthalte, ist ebenso wenig begründet, als die Behauptung, daß in allen andern Fällen, in welchen, d. h. sofern die Voraussetzungen des Art. 13 nicht vorliegen, also nur in diesen Fällen, die Verwaltungsbeschwerde bis zu dem Ministerium zulässig sei. Der Art. 13 d. angef. Ges. hat die Verwaltungsbeschwerde ganz unberührt gelassen, im Gegentheil der Regel nach zu seiner Voraussetzung, daß die Instanzen der Verwaltungsbeschwerde bis zum Ministerium erschöpft sind (vgl. Sarwey, Staatsrecht, B. 2. S. 327). Würde Gaupp gesagt haben, durch Art. 10 d. Ges. v. 16. Dec. 1876, welcher die dort aufgezählten Fälle an die Kreisregierungen als Gerichte erster Instanz und die Beschwerde hiegegen (die Berufung) nicht an das Ministerium, sondern an den Verwaltungsgerichtshof verweist, habe der § 36 d. V.U. eine Einschränkung erfahren, so hätte diese Behauptung eine relative Berechtigung. Ebenso gut aber könnte man sagen, durch die Prozeßvorschriften bezüglich

des Berufungs- und Beschwerderechts im gerichtlichen Verfahren habe der § 36 d. V.U. eine Einschränkung oder Modifikation erfahren.

S. 158 findet sich der richtige Satz, daß jeder Befehl der Staatsgewalt, wenn Regierung und Stände übereinstimmen, ohne Rücksicht auf den Inhalt in die Form des Gesetzes gekleidet werden kann. Wenn aber aus dem Verhältniß der Einzelstaatsgewalt zur Reichsgesetzgebung der Schluß gezogen wird, daß, wo die Reichsjustizgesetze die Erlassung ergänzender und ausführender Normen der Landesjustizverwaltung vorbehalten haben, hiedurch die Erlassung desselben im Wege der Landesgesetzgebung reichsgesetzlich verboten sei, so ist dieß in dieser Allgemeinheit zu bestreiten. Laband, Handb. d. öff. Rechts, B. 2. A. 1. S. 89, auf welchen sich Gaupp bezieht, beweist Nichts für seine Ansicht, da Laband darüber, was die Reichsjustizgesetze mit dem Ausdruck „Landesjustizverwaltung" beabsichtigt haben, sich nicht äußert. Wenn also Gaupp im Anschluß hieran behauptet, daß, weil „in Württemberg gegen die ausdrückliche Vorschrift des § 155 d. R.G.V.Ges. die Rechtsverhältnisse der Gerichtsvollzieher nicht durch die Landesjustizverwaltung, sondern durch das Landesgesetz" geregelt seien, diese Normen als Landesgesetz „ungiltig seien und jederzeit durch einfache Verfügung der Landesjustizverwaltung geändert werden können", so hätte er doch vor Allem zu beweisen, daß der § 155 d. R.G.V.Ges. die Erlassung von Normen durch die Landesgesetzgebung mit der Delegation dieser Befugniß an „die Landesjustizverwaltung" habe ausschließen wollen. Diese Absicht des Reichsgesetzes kann jedoch weder aus den Worten noch aus den Motiven gefolgert werden, zumal wenn in Erwägung gezogen wird, daß die Grenze der Gesetzgebung und Verordnung in den einzelnen Staaten verschieden bestimmt ist und daß die Reichsgesetzgebung keinen Grund hatte, in diese landesstaatsrechtlichen Verhältnisse direkt einzugreifen.

S. 165 werden als „Verwaltungsverfügungen" die „Befehle der Verwaltung bezeichnet, durch welche nicht sowohl Rechtsnormen, als Rechtsverhältnisse geschaffen werden". Ihr Inhalt ist nach Gaupp „das Gebot an die der Staatsgewalt Untergebenen, etwas zu thun, zu leisten oder zu unterlassen". Hiernach

iſt der Inhalt derſelbe, wie der Inhalt der Geſetze. Denn Geſetz iſt nach Gaupp S. 156 „jeder Befehl der Staatsgewalt, welcher im Wege der Geſetzgebung erlaſſen iſt". Die Unterſcheidung liegt alſo in dem Subjekt, von welchem der Befehl ausgeht, wogegen Nichts zu erinnern iſt. Daß das Unterſcheidungsmerkmal jedoch zugleich in dem Gegenſatz der Erlaſſung von „Rechtsnormen" und der „Schaffung von Rechtsverhältniſſen" zu ſuchen ſei, iſt kein klarer Gedanke. Iſt etwa der Befehl an eine verſammelte Menge, auseinanderzugehen, keine Verwaltungsverfügung? Welches „Rechtsverhältniß" wird aber hiedurch geſchaffen, wenn die Menge gehorcht? Oder werden durch Rechtsnormen nicht auch Rechtsverhältniſſe geſchaffen? Die angef. Definition der Verwaltungsverfügungen im Gegenſatz zur Verordnung ſtimmt ſodann wenig mit der Definition, welche Gaupp S. 162 § 54 III „von der Verordnung i. e. S." gibt, als welche er „jeden Befehl der Staatsgewalt, welcher nicht in der Form des Geſetzes erlaſſen wird", bezeichnet. Mit welchem Rechte, muß gefragt werden, ſcheidet nach dieſen Definitionen Gaupp die Verwaltungsverfügungen von der Verordnung i. e. S. aus. Dieſe Unklarheiten werden auch durch die weitere Ausführung nicht beſeitigt, in welcher Gaupp, hierin Laband folgend, zwiſchen „Rechtsverordnung" „Verordnung i. e. S." und „Verwaltungsverordnung" unterſcheidet und lehrt, daß die erſtere „in das Gebiet der Geſetzgebung gehöre [37])". Die Definitionen von Geſetzgebung, Verordnung i. e. Sinn, Rechtsverordnung, Verwaltungsordnung, Verwaltungsverfügung und Ausführungsverordnung ſtehen auf dieſen 3 Seiten ſo unvermittelt und unvereinbar nebeneinander, daß, wer über die Unterſchiede nicht anderswoher Klarheit erlangt hat, ſie gewiß aus dem Staatsrecht von Gaupp nicht in ſein Bewußtſein bringt.

37) Laband nach ſeiner Begriffsbeſtimmung des Geſetzes kann dieſen Unterſchied wohl ſtatuiren, da er das Geſetz nur vom Standpunkt des Beſtimmten aus definirt. Gaupp gibt jedoch eine andere Definition vom Geſetz (ſ. oben), welche die Einreihung der ſog. Rechtsverordnung in das Gebiet der Geſetzgebung ausſchließt. Es iſt nicht immer gut, fremde Definitionen als ſeine eigenen einzuführen.

Es könnten noch manche ähnliche Bedenken beigebracht werden. Allein der Raum dieser Blätter gestattet keine weitere Ausdehnung dieser Besprechung. Zu einer gerechten Würdigung des Württemb. Staatsrecht's von Landgerichtsrath Gaupp wird das Vorstehende genügen.

Sarwey.

Alphabetisches Sachregister.

[Die Zahlen bedeuten die Seiten.]

A.

Absonderungsrecht der Ehefrau im Konkurse des Ehemanns, wenn sie die weiblichen Freiheiten angerufen hat, §. 44 K.O. 110.
Actio doli, Verjährungsfrist 134.
Amtsrichter, Befugniß des Untersuchungsrichters d. A. um Vornahme von Untersuchungshandlungen zu ersuchen 222.
Armenverband, Beschränkung seines Ersazanspruchs auf die von ihm selbst unter Erfüllung der Rechtspflicht aufgewandten Kosten 231. Ersatzpflicht des Unterstützten wegen Besitzes von Vermögen Art. 3 Abs. 2 des Württb. Ausf.-Gesetzes 303; vorläufige Unterstützungspflicht, Art. 28 d. Reichsgesetzes 309. Voraussetzungen der Hülfsbedürftigkeit 394.
Ausweisungsrecht nach Art. 11 und 19b des Bürgerr.-Gesetzes v. 1833 330.

B.

Baulinie, Feststellung in Folge eines Baugesuchs und Abweisung des letztern, Art. 4 Abs. 4 d. B.-O., 350.
Beschwerde, sofortige des Art. 5 d. Pol.-Str.-Gesetzes v. 1879, Förmlichkeiten 100.
Besteuerungsrecht der Amtskörperschaft und Gemeinde 236, 289, 297.
Bürgerliche Nutzungen, Anspruch hierauf, Art. 48, 49 Ges. v. 1833, 245.

C.

Civilprozeßordnung, Anwendbarkeit des §. 94 auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren 333.
Civilurtheil, der Thatbestand des C.-U. 33.
Culpa in contrahendo 120.

D.

Domizil des Staatsbürgers nach Aufgabe des inländischen Domizils ohne Erwerbung eines Domizils im Ausland 129.

E.

Eigenthümer s. Miteigenthümer.
Eigenthumsübergang durch Tradition, Erfordernisse bei Lieferung einer dem Genus nach bestellten und versandten Waare 159.
Eisenbahngebäude, Heranziehung zur Gemeindesteuer 236.
Erbvertrag zwischen Ehegatten, Ungültigkeit wegen Handlungsunfähigkeit des einen 68.

F.

Fideicommissum superfuturi, Anfechtung von Veräußerungen ohne Verletzung der Quart 157.
Floßbretter, Bezug von solchen, Act. neg. und cond. indebiti im Verwaltungs-Streitverfahren 359.
Forderungsprätendenten, mehrere, Zahlung des Schuldners 137.
Freizügigkeit, Fortdauer des Ausweisungsrechts nach §. 3 Abs. 1 des R.-Ges. Art. 11 und 19 lit. b. des Bürgerr.-Ges. v. 1833, 330.

G.

Genossenschaft, Rechtspersönlichkeit 185.
Genossenschafter, Verhältniß zur Genossenschaft, Klagerecht gegen die Beamten, wenigstens nach Beendigung des Konkurs- und Umlageverfahrens 185. Voraussetzungen der Sukzession in den Antheil eines verstorbenen Genossenschafters 203.

H.

Handelsgesellschaft, Haftung des Eintretenden für die seitherigen Geschäftsschulden 166.

I.

Impfgesetz mehrmalige Bestrafung nach §. 14, 279.

K.

Kauf bricht Miethe, Einschränkung des Satzes 144.
Klageabtretung, Einrede der Kl.-A., Wirkung in Solidarschuldverhältnissen 136.
Kompetenzkonflikt, negativer, Rechtsfall 207.
Konsumvereine, Verpflichtung zur Zahlung der Wirthschaftsabgaben 226. Beiziehung zur Staatsgewerbesteuer 264.
Kontokurrent, Vorbehalt einzelner Rechnungsposten zu selbständiger Geltendmachung und Ausnahme von der Wirkung der Saldirung 170.

L.

Leseholzrecht, Begriff und Ausdehnung auf Abfallholz 124.
Literarische Mittheilungen, Württemb. Staatsrecht von Gaupp 403.
Luft- und Lichtgerechtigkeit 133.

M.

Militärverwaltung, Korporationssteuerpflicht ihrer Gebäude 289, 297.
Miteigenthümer, einseitige Verfügung desselben durch Pflasterung 132.
Mittheilungen aus der Civil-Rechtsprechung des K. Oberlandesgerichts 119, aus der Rechtsprechung des Straffenats des K. Oberlandesgerichts 215, 279, aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs 231, 289.

N.

Nutznießungsrecht der Eltern am Vermögen der Kinder, Verwirkung desselben und Anfechtung dieser Verfügung durch die Gläubiger 146.

P.

Paulianischer Dolus außerhalb des Konkurses 140.

Pfandklage gegen den Besitzer aushilfsweise eingelegter Pfänder 149.

R.

Realdienstbarkeit, obrigkeitliches Erkenntniß im Falle der Anbedingung beim Verkauf 21. Unzuläßigkeit einer Klage auf Ertheilung des gerichtlichen Erkenntnisses 130.
Rechtsbeschwerde wegen Ablehnung eines Baugesuchs, Art. 4, Abs. 4 d. B.-O. 350, wegen Erweiterung des Ortsbauplanes 354, wegen versagter Erlaubniß zur Vornahme eines Nebengeschäfts, Art. 8 des B.-Ges. 399.
Rechtsweg, Zuläßigkeit für Entschädigungsansprüche wegen eines durch die Flußkorrektion veränderten Wasserlaufs 207.
Reichsfiskus, prozessualische Vertretung dess. 102.

S.

Schutzbrillen, Verpflichtung der Arbeitgeber zu deren Lieferung 164.
Servitut s. Realdienstbarkeit.
Sportel für Erhöhung des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft 343.
Statutenkollision 129.

T.

Testamentsförmlichkeiten, Unterschrift der Zeugen auf dem mit dem Testament nicht zusammengehefteten Solennisationsprotokoll 153.
Thatbestand des Civilurtheils 33.
Tradition eines verkauften Pachtguts 144.

U.

Uebertretungen des Art. 36 Z. 2 des W. Pol.-Str.-G. v. 27. Dez. 1871, begangen gegen Angehörige. Verfolgung ohne Antrag, auch bei idealer Konkurrenz mit einer Uebertretung im Sinne des §. 370 Z. 5 Str.-G.-B. 215.
Unterstützungswohnsitz und Heimatsrecht, zur Auslegung des §. 65 Z. 1 d. Ges. 54, unehelicher Kinder 231. s. auch Armenverband.
Untersuchungsrichter s. Amtsrichter.
Urkunde, Rechtswirkung der Unterzeichnung ohne Kenntniß ihres Inhalts 120.

V.

Vermögensbeschlagnahme, Anordnung der Vollziehung nach eingetretener Rechtskraft des Erkenntnisses in den Fällen des §. 140 Abs. 3 d. Str.-G.-B., Zuläßigkeit der Beschwerde, §§. 325, 326 Str.-Pr.O. 217.
Versicherungsvertrag, Wirkung wahrheitswidriger Angaben, Grenzen der Vertretungsbefugniß der Agenten 181.
Vertrag über öffentlich-rechtliche Leistungen, Anwendungsgebiet des §. 66 des Verw.-Ed. 254.
Vorausklage, Einrede der V. von Seiten des persönlich haftenden Schuldners 149.

W.

Wasser öffentliches, Wirkung der Konzession einer Anlage 324.
Wechsel, Annahme in Zahlung durch den Geschäftsführer als Verletzung der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns 174.

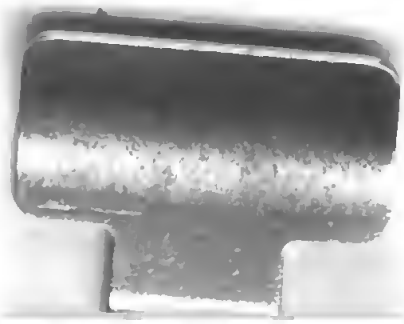
Wechselklage, Erhebung ersetzt die Präsentation z. Z. 180.
Wechselsumme, Verzinslichkeit 180.
Weg öffentlicher, Voraussetzungen der Eigenschaft der Öffentlichkeit 336.
Weideablösung, Antrag auf zweite Schätzung, Art. 68 des Ges. vom 26. März 1873, 381. Widerstand gegen die Staatsgewalt, §. 113 Str.-G.-B. 283.
Wundärztlicher Stand, zur rechtlichen Stellung desselben 73.

Z.

Zuständigkeit der **Verw.-Gerichte** bei Streitigkeiten über Leistungen für kirchliche Zwecke 255, Unzuständigkeit für Regreßklagen gegen öffentliche Diener 319.
Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben; die Verwaltungsbehörde, welche sich der Verfolgung angeschlossen hat, kann Revisionsanträge nur durch einen Rechtsanwalt anbringen (§§. 467, 437. Abs. 1. 430 Abs. 1. Str.-Pr.-O.) 324.
Zwangsenteignung, Feststellung der Entschädigung 1.
Zwangsvollstreckung wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche. Auslegung des Art. 12 des Ges. vom 18. Dez. 1879, 283.

Druckfehlerberichtigung.

S. 102 Z. 7 v. u. l. gefährdet.
„ 116 „ 16 v. o. l. Absonderungsrecht.
„ 216 „ 13 v. u. l. welche.
„ 407 „ 15 v. o. l. orbi st. orbo.
„ 421 „ 10 v. o. l. Paßwesens.
„ 421 „ 11 v. o. l. Paßgesetzes.



Digitized by Google

LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 102 953